

22.000.

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 6 DE BILBAO**

**BILBOKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 6
ZK.KO EPAITEGIA**



BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016707
Fax: 94-4016990

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 48.04.3-14/000348
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48.020.45.3-2014/0000348

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 299/2014 - E

Demandante / Demandatzailea: CARLOS AROSTEGUI INSAUSTI, GUILLERMO GONZALEZ TELEZ, SANTIAGO SALVADOR PALMA, AGUSTIN MIGUEL MINGUELA y RAFAEL ERREKAGORRI AZKUENAGA
Representante / Ordezkarria:

Administración demandada / Administrazio demandatua: GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD
Representante / Ordezkarria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCIONES DEL VICECONSEJERO DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO POR EL QUE SE INADMITE EL RECURSO DE ALZADA CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECTORA DE RECURSOS HUMANOS POR LA QUE INADMITE RECLAMACIÓN DE PERMISO POR ANTIGÜEDAD CORRESPONDIENTE AL AÑO 2013

NOTIFICACION Y entrega de sentencia.

En BILBAO (BIZKAIA), a 24 de marzo de 2014

Yo la Secretaria Judicial teniendo presente a la abogada D^a. Elia Pérez Hernández, en nombre y representación de D. CARLOS AROSTEGUI INSAUSTI, D. RAFAEL ERREKAGORRI AZKUENAGA, D. GUILLERMO GONZALEZ TELEZ, D. AGUSTIN MIGUEL MINGUELA y D. SANTIAGO SALVADOR PALMA le notifico la **SENTENCIA** de fecha 24/3/2014 por medio de lectura íntegra y entrega de copia literal autorizada con expresión del asunto a que se refiere, haciéndole saber el recurso que cabe contra la misma, plazo y órgano ante quién debe interponerse; firma y doy fe.

JAKINARAZPENA ETA epala entregatzea.

BILBAO (BIZKAIA)(e)n, 2014ko martxoaren 24(e)an.

Nik, idazkari judicial naizen honek, egiten dut, ondokoa jasotzeko: Elia Pérez Hernández letrada andrea aurrean izanik, CARLOS AROSTEGUI INSAUSTI, RAFAEL ERREKAGORRI AZKUENAGA, GUILLERMO GONZALEZ TELEZ, AGUSTIN MIGUEL MINGUELA eta SANTIAGO SALVADOR PALMA jaunen izenean eta ordezkaritzan, 2014/3/24(e)ko **EPAIA** jakinarazi diot, osorik irakurriz, hitzez hitzeko kopia eskuetsia emanaz, eta zeri buruzkoa den adieraziz. Era berean, ezagutzera eman diot horren aurka zein errekurtsio jar dezakeen, zein epetan eta zein organotan. Nirekin batera sinatu du. Fede ematen dut.

NOT. 24/MARZO/2014
KOPIA DA
ES COPIA
SENTENCIA Nº 29/2014

En BILBAO (BIZKAIA), a veinticuatro de marzo de dos mil catorce.

La Sra. Dña. ANA MARIA MARTINEZ NAVAS, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 6 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 299/2014 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna las resoluciones del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, por el que inadmite el recurso de alzada contra la resolución de la Directora de Recursos Humanos por la que inadmite la reclamación de permiso de antigüedad correspondiente al año 2013.

Han sido partes en dicho recurso como recurrente D. CARLOS AROSTEGUI INSAUSTI, GUILLERMO GONZALEZ TELEZ, D. SANTIAGO SALVADOR PALMA, D. AGUSTIN MIGUEL MINGUELA y D. RAFAEL ERREKAGORRI AZKUENAGA, representados y asistidos por la Letrada D^a. MARIA ELIA PEREZ HERNANDEZ y como Administración demandada el GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, representado y dirigido por el Letrado de los Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado escrito de demanda presentado por la letrada D^a. M^a. Elia Pérez Hernández, en nombre y representación de D. Carlos Arostegui Insausti, D. Guillermo González Telez, D. Santiago Salvador Palma, D. Agustín Miguel Minguela y D. Rafael Errekagorri Azkuenaga, interponiendo recurso contencioso administrativo contra el acto administrativo arriba referenciado, quedando registrado dicho recurso bajo el núm. 299/2014.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó se dicte resolución estimando íntegramente el recurso, declarando el derecho de los recurrentes a disfrutar de los días de antigüedad solicitados.

TERCERO.- Por resolución de fecha 12 de febrero de 2014 se admitió a trámite la demanda, convocándose a las partes a la vista para el día 21 de marzo de 2014, previa reclamación del correspondiente expediente administrativo.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar el juicio con el resultado que obra incorporado a las actuaciones, quedando las mismas conclusas para Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del presente proceso las Resoluciones del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Seguridad de fecha 14/11/2013, que confirmó las de la Directora de Recursos Humanos inadmitiendo las reclamaciones de permiso por antigüedad en el año 2013 de un grupo de funcionarios pertenecientes a la Ertzaintza.

La cuantía del proceso se fija en indeterminada pero en todo caso inferior a 30 mil euros.

Segundo.- La parte recurrente sostiene su derecho basándolo en lo siguiente:

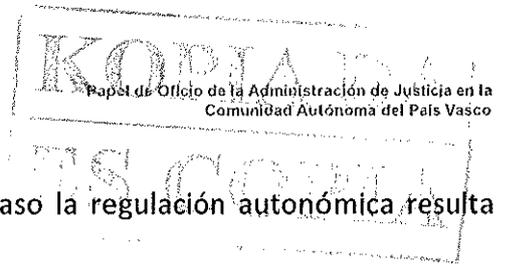
Aplicación directa y preferente del art. 53 del D. 4/2012, de 17 de enero de 2012, por el que se aprobó el Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza, para los años 2011, 2012 y 2013, frente a la aplicación del art. 8, DA 2ª, DT 1ª y DF 4ª del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el Fomento de la Competitividad.

Solicita como petición principal el reconocimiento del derecho a disfrutar los días de antigüedad que se hubieran devengado hasta la entrada en vigor del RDL 20/2012, es decir, hasta el 15 de julio del 2012. Como petición subsidiaria solicitan el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Juzgado.

Su argumentación jurídica se centra en varias cuestiones; en primer lugar sostiene que el RDL 20/2012 en cuanto a permisos, no es de aplicación al colectivo, por ser una competencia propia del GV y estar regulado por la CAV, tanto en la LFPV y en el caso concreto de la Ertzaintza, en la LPPV y en el ARCT, afirmando que no se han modificado ni la LFPV ni la LPPV, ni el ARCT en correlación con lo dispuesto en el RDL 20/2012.

Cita en apoyo de este argumento el Fundamento Segundo apartado B de la STSJPV nº 65/2011 de 27 de enero del 2011, en la que se afirma que la Sala del TSJPV se ha pronunciado en varias y reiteradas ocasiones (así en Sentencia en el RO 122/2010 y RA 85/2009 y RA 113/2009) sobre la inaplicabilidad del art. 48.1 del EBEP en "*defecto de legislación aplicable*", pues "*resulta obligado concluir que el hecho de que la legislación autonómica contemple en su regulación el régimen de permisos EXCLUYE la aplicación supletoria del previsto con carácter supletorio por el inciso segundo del art. 48.1 EBEP, ya que es ésta la única interpretación respetuosa con la competencia autonómica para regular el régimen de permisos*".

En aquel caso la regulación autonómica era más restrictiva que la regulación estatal, siendo que la Sala sostuvo la aplicación de la regulación autonómica de forma preferente a la estatal, aún cuando la misma establecía solo 3 días de asuntos particulares para el 2010, mientras que el art. 48.k del EBEP concedía 6 días. Es decir, aquel supuesto lo fue en dirección



contraria al que aquí se enjuicia, pues en el presente caso la regulación autonómica resulta más beneficiosa que la Estatal.

En definitiva sostuvo la Sala del TSJPV que existiendo regulación propia de la CA, ésta debe prevalecer sobre la Estatal aún cuando la primera fuere más restrictiva que la segunda, en el entendimiento que solo esta interpretación es la respetuosa con la competencia de la CA.

En segundo lugar, sostiene la inexistencia de “extraordinaria urgencia y necesidad” como presupuesto habilitante para legislar a través del Decreto-Ley, afirmando que se ha producido una extralimitación por parte del Poder Ejecutivo, al haberse aprobado 21 Decretos Leyes en un periodo corto, que cifra entre diciembre del 2011 y mayo del 2012 mayoritariamente en materia económica.

En tercer lugar, sostiene que se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica, de la buena fé y del principio de la confianza legítima, en definitiva una vulneración del art. 9.3 de la CE.

En síntesis, vulneración de los artículo 9.3 CE, artículo 86.1 CE, artículo 10.4 EAPV, artículo 3 de la Ley 30/1992 (principio de confianza legítima) y artículo 53 del Decreto 4/2012, de 17 de enero, actual ARCTE.

Tercero.- La Administración demandada en primer lugar, insta la suspensión del proceso al amparo de lo previsto en la DF 1ª LJ en relación con el art. 179 LEC, y en segundo lugar solicita la desestimación íntegra del recurso.

La suspensión la pide por los motivos siguientes:

1.- El D. 173/2013 regulador de la jornada laboral para el 2013, ha sido impugnado ante el TSJPV, en el PO 305/2013, cuyos autos se encuentran conclusos para Sentencia, habiéndose dado traslado previamente a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronuncien sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el recurrente.

2.- El Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2218-2013, promovido por el Gobierno Vasco contra los arts. 2, 8, 10, 27, 28 y disposición final tercera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

A mayor abundamiento, señalar que concurre una causa de prejudicialidad ya que el art. 4 LJ dispone que *“La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales”*.



Por las razones expuestas entiende la Administración demandada que la cuestión debatida está pendiente de decisión constitucional y del TSJPV, solicitando por ello la suspensión del proceso hasta que el TC y el TSJPV decidan sobre la cuestión, tanto por razones de prudencia como de legalidad, en base a lo previsto en el arts. 4 LJ y la DF1ª LJ en relación con el art. 179 LEC.

En cuanto al fondo del asunto, pide la desestimación íntegra del recurso con los siguientes argumentos;

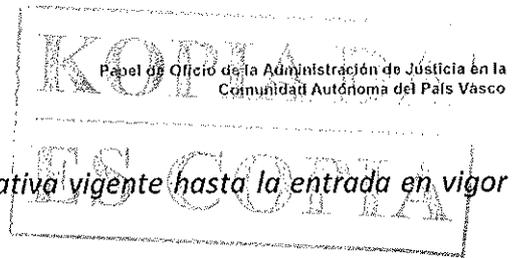
En primer lugar, en cuanto al argumento de la parte actora sobre la prevalencia de la regulación autonómica sobre la Estatal, y reconociendo que resulta cuestionable el carácter básico del RDL 20/2012, sostiene que el mismo despliega sus efectos en tanto no sea declarado inconstitucional por el TC y hasta que ello concurra, la Administración de la CAPV resulta vinculada por lo que aquél disponga. Dicho RD Ley entró en vigor el 15 de julio de 2012, siendo que las resoluciones impugnadas en el presente caso datan del 14 de noviembre de 2013 y por tanto los actos administrativos recurridos son posteriores a la entrada en vigor de dicho RDL 20/2012 y también del Decreto 173/2013.

Concluye que por el mero argumento anterior, el recurso debe ser desestimado por la sola aplicación del RDL 20/2012 que resulta vigente y plenamente aplicable hasta que el TC se pronuncie.

En segundo lugar, sostiene que la nueva redacción procurada por el RDL 20/2012 suprimiendo el artículo 48.2 EBEP, introduce una modificación en virtud de la cual, los permisos contemplados en dicho precepto pasan de ser aplicables con carácter supletorio, a ser un elenco tasado de obligatoria aplicación para todos los funcionarios sin excepción alguna, en virtud del carácter básico estatutario que al citado precepto se confiere, pasando a suprimirse el apartado 2 del mencionado artículo 48 EBEP -del que el artículo 53 ARCTE es una mera transcripción, ahora carente de contenido-, con lo que desaparece el permiso por antigüedad que dicha normativa instauró.

Afirma que el tenor literal del artículo 8.3 del RD obliga a que *“Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, que no se ajusten a lo previsto en este artículo, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza”*.

A su vez, la DT 1ª del RDL 20/2012 señala que: *“Lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impedirá que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los*



días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

En tercer lugar, la Administración afirma que No existe vulneración de derechos adquiridos, dado que la eliminación de días de permiso por antigüedad se refería a días de permiso que no habían sido aún devengados por los funcionarios, por lo que estamos ante un supuesto de "retroactividad impropia". Como sabemos, el TC ha distinguido, STC 112/2006 (F.J.17) entre:

"Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto -retroactividad auténtica- la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo -retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso."

La Administración entiende que estamos ante un supuesto de retroactividad impropia, de conformidad con la doctrina del TC sobre los derechos adquiridos en relación con la situación de los empleados públicos. En este sentido, cita la STC 178/1989 (F.J.9) en el sentido siguiente:

"Debe recordarse, en primer lugar, por lo que respecta a los funcionarios públicos en sentido estricto, la naturaleza estatutaria de la relación funcional y la libertad del legislador para modificar la misma, sin que frente a tal modificación pueda esgrimirse por el funcionario que la regulación legal era distinta cuando entró al servicio de la Administración."

No se trata, claro es, de que el legislador pueda menoscabar derechos «consolidados», especialmente, los de contenido económico. No es ese el caso. Pero no debe confundirse lo que pueden ser, en sentido estricto, derechos «consolidados» con «expectativas» puras y simples a que una situación legalmente determinada, pero de alcance general, para todo el colectivo funcional o para una o varias categorías del mismo abstractamente consideradas, no pueda alterarse por el legislador en función de nuevos criterios."

Lo contrario sería tanto como consagrar la petrificación legislativa, atando al legislador e impidiéndole desplegar su libertad de conformación del ordenamiento jurídico y, en concreto, y por lo que aquí respecta, la regulación de la función pública.”

En cuarto lugar, la Administración afirma que el RDL 20/2012, **no infringe el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37 CE** puesto que, tal y como reitera la doctrina constitucional, 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 (entre otros, ATC 115/2011).

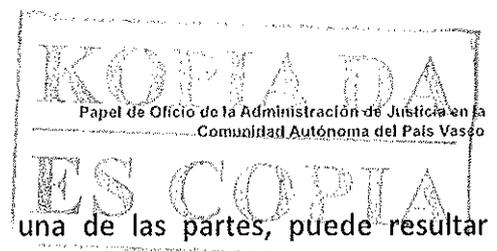
En quinto lugar, tampoco concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del principio de confianza legítima de los artículos 9.3 y 103 de la CE porque dicho principio exige un acto u omisión previo de la Administración, de los que emane un criterio determinante del quehacer del particular, en virtud del cual se generan unas legítimas expectativas en función de las cuales el particular adopte determinadas decisiones.

Sostiene la Administración que en el caso de autos no se ha dictado ni un solo acto capaz de albergar en los funcionarios de policía la esperanza del disfrute de los días por antigüedad en el ejercicio 2013. Al contrario, el panorama normativo descrito aboca justo a la posición contraria.

Cuarto.- En cuanto a la suspensión del curso del presente procedimiento por la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad nº 2218/2013 por parte del GV y también del recurso nº 1983/2013 por parte del Gobierno Catalán, ambos coincidentes en el artículo 8 del RD Ley 20/2012 (por lo que aquí interesa), así como por el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Sala del TSJPV en el recurso PO 305/2013, no puede acogerse dicha suspensión por varios motivos:

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco, y su incidencia en la aplicación de la disposición impugnada (esto es en el art. 8 del RDL 20/2012) debe recordarse a las partes que de conformidad con el art. 161.2 de la CE, cuando el Gobierno de la Nación impugna por la vía del recurso de inconstitucionalidad las disposiciones y resoluciones adoptadas por órganos de las comunidades autónomas se produce, inmediatamente, la suspensión de la disposición o resolución recurrida. El Tribunal, en su caso, debe ratificarla o levantarla en un plazo no superior a 5 meses.

Pero para que tenga lugar dicha suspensión es necesario que sea el Gobierno Estatal quien impugne disposiciones autonómicas no siendo posible la vía contraria, esto es, que se suspendan automáticamente disposiciones estatales impugnadas por un órgano autonómico.



Ciertamente, lo escorado de esta balanza hacia una de las partes, puede resultar sumamente criticable, pero sin duda debe ser aplicada, razón por la cual los Tribunales no podemos suspender la aplicación de una disposición estatal por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de un Gobierno Autonómico.

La única figura de nuestro ordenamiento jurídico que admitía dicha posibilidad estaba recogida en la LOTC art. 79, fue el denominado **recurso previo de inconstitucionalidad**.

Esta figura desapareció por derogación de su precepto, el art. 79 de la LOTC, el 8-6-1985, siendo que estaba restringida únicamente a los proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes orgánicas. El plazo para la interposición de aquel recurso era de 3 días desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere concluido siendo que la interposición del recurso suspendía automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos.

El recurso se sustanciaba por los cauces del recurso de inconstitucionalidad. Cuando el pronunciamiento del Tribunal Constitucional declaraba la inexistencia de la inconstitucionalidad, el procedimiento continuaba. Si, por el contrario, declaraba la inconstitucionalidad del texto impugnado, debía concretar ésta y el precepto constitucional infringido. En este supuesto, la tramitación no podía proseguir sin que tales preceptos se suprimieran o modificaran por el órgano competente siendo que el pronunciamiento en el recurso previo de inconstitucionalidad, no prejuzgaba la decisión del Tribunal en los recursos que pudieran interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa. Por último, solo recordar que la LO 4/1985, por la que se suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad fue sometida, a su vez, a dicho recurso previo, que fue desestimado por STCo 66/1985, siendo éste, el último hito histórico en nuestro derecho constitucional, de suspensión de forma automática de una disposición del Estado con rango del Ley.

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad instada por las partes a este Juzgado y la suspensión también instada por el posible planteamiento por parte de la Sala del TSJPV de una cuestión de inconstitucionalidad en el recurso PO 305/2013 contra el Decreto 173/2013, hemos de exponer, que no pueden acogerse.

La suspensión del curso del presente proceso no puede acogerse por el simple hecho que en la Sala se encuentre en trámite un posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el Decreto 173/2013, pues a la fecha de esta Sentencia no se ha producido ni el planteamiento de la cuestión en sí misma, ni mucho menos la admisión a trámite. A mayor abundamiento, de la exposición que realizan las partes no queda claro que el Decreto 173/2013, tenga una vinculación directa con el fondo del presente asunto o cuando menos, en qué medida y trascendencia afecta al disfrute de los días de antigüedad, que es lo que en este proceso se suscita.

KOPIA
ES COPIA

En cuanto al posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Juzgado, -que la parte actora fundamenta en una injerencia competencial y en una extralimitación de la técnica legislativa del Decreto- Ley (por no concurrir “extraordinaria urgencia y necesidad”)-, hemos de exponer que dichas argumentaciones constituyen el cuerpo central de los dos recursos de inconstitucionalidad planteados por los dos Gobiernos Autonómicos (vasco y catalán) y que por tanto, los mecanismos destinados a asegurar que la actuación del legislador se mantenga dentro de los límites establecidos por la Constitución, ya han sido accionados, por lo que resultaría redundante el planteamiento de otro instrumento adicional más (como sería la cuestión de inconstitucionalidad de este Juzgado) para obtener la misma finalidad.

A mayor abundamiento, el presente conflicto se plantea en términos interpretativos del RDL 20/2012, (en concreto del art. 8), por lo que una hipotética cuestión de inconstitucionalidad planteada por este Juzgado, no podría confundirse con el presente proceso, cuya función es resolver controversias interpretativas o dudas sobre el alcance del RDL 20/2012 y no así, lo ajustado de dicho RDL a la CE.

Por último, en cuanto a la suspensión solicitada por la Administración demandada basada en una prejudicialidad ex post art. 4 de la LJCA, hemos de sostener que dicha prejudicialidad no puede predicarse respecto de la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario (TS 28-6-05, EDJ 113642), como lo es el Decreto 173/2013.

En este sentido, la legislación procesal civil en su art. 43, (aplicable al proceso contencioso-administrativo), regula los supuestos de prejudicialidad, esto es, la tramitación de dos litigios, cuando la resolución que se dicte en uno de ellos sea necesaria para decidir la cuestión que constituye el objeto del otro. En cuanto a sus efectos, únicamente se establece que el juez puede acordar la suspensión del curso de las actuaciones hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Sin embargo, (y eso es lo importante) esta medida no es aplicable en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación de la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario (TS 28-6-05, EDJ 113642).

Por todo lo anterior, no se acogen las causas de suspensión esgrimidas por ambas partes.

Quinto.- Despejadas todas las dudas anteriores, el objeto del presente proceso queda acotado a una cuestión interpretativa, a saber; si la redacción del art. 8 del RDL 20/2012 en relación con la DT 1ª del mismo, permite el disfrute de los días de antigüedad que se



hubieren devengado hasta el 15 de julio del 2012, fecha de la entrada en vigor del RDL 20/2012.

En este sentido, nada hay que oponer a los argumentos de la Administración relatados en sus puntos 1 y 2, -que acogemos expresamente- en cuanto a que el RDL 20/2012, despliega sus efectos en tanto no sea declarado inconstitucional por el TC (argumento nº 1 de la Administración), y en cuanto a que el EBEP ha dejado de ser una norma mínima y susceptible de desarrollo normativo por las CC.AA, para pasar a ser una norma con un marcado carácter imperativo y, por ahora, impedida de un futuro desarrollo normativo en ejercicio del EBEP art.6 (argumento nº 2 de la Administración). Estos dos argumentos se acogen expresamente.

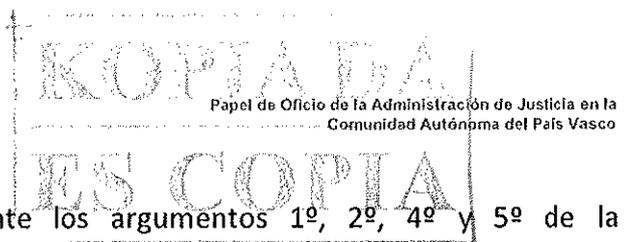
Con todo, desde el punto de vista de técnica legislativa podrían verse algunas objeciones que inciden en el carácter básico del EBEP en su conjunto y de cada uno de sus preceptos; así que dicho carácter básico, lo es en desarrollo de una competencia exclusiva del Estado (Const. art.149.1.18ª) para asegurar un mínimo común normativo de aplicación en todo el territorio nacional y que la utilización de la técnica de la legislación básica, obliga siempre a dejar un margen de actuación a las CC.AA., dentro de su capacidad de autogobierno, para determinar el régimen jurídico de su función pública (EBEP art.6).

La nueva redacción del EBEP art. 48 (modif RDL art.8.2) no parece dejar ningún espacio para dicha facultad, despojando nuevamente a las CC.AA. del ejercicio de sus competencias normativas, pues no dejar espacio alguno para el desarrollo de la normativa básica es, una perversión del concepto mismo de "legislación básica" y además es, una sustracción ilícita de la competencia autonómica.

A mayor abundamiento, debe recordarse que si el desarrollo o la mejora en permisos y vacaciones, lo fue por convenio colectivo, el propio RDL 20/2012 se ha encargado expresamente de impedir su eficacia, declarando expresamente su suspensión y falta de eficacia, lo que además de lo expresado en el párrafo anterior, supone un vaciamiento del contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva (argumento 4º de la Administración).

En síntesis, el carácter imperativo, de máximos y tasado del nuevo art. 48 del EBEP, supone una perversión de la técnica de la "legislación básica", que conduce a una sustracción ilícita de la competencia autonómica, así como a un vaciamiento del contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva.

No obstante lo anterior, tal y como afirma la Administración, el RDL 20/2012 está vigente y debe ser aplicado hasta en tanto en cuanto no sea declarado inconstitucional.



Por todo ello, acogemos expresamente los argumentos 1º, 2º, 4º y 5º de la Administración, restando únicamente el análisis del argumento 3º sobre la posible retroactividad impropia del art. 8 del RDL 20/2012.

Sexto.- En línea con ese carácter imperativo del EBEP -que le ha otorgado el RDL 20/2012-, se deja sin efecto la posibilidad de ampliar la duración de las vacaciones anuales retribuidas, en un día hábil adicional a partir de los 15 años de servicios, añadiéndose un día más al cumplir los 20, 25 y 30 años de servicio, respectivamente, hasta un total de 26 días hábiles por año natural, mejora que se hacía extensible al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, tal y como permitía el D 315/1964 (RDL 20/2012 disp. derog. única).

En el ámbito de la Ertzaintza según el art. 53 ARCT, las vacaciones anuales se ampliaban en dos días al cumplir los 18 años de servicio, incrementándose un día más por cada trienio cumplido a partir del octavo trienio.

Aunque con una redacción diferente, el contenido del EBEP coincide prácticamente con el ET art.38. Si bien, frente a la generalidad del EBEP, el precepto laboral es mucho más exhaustivo a la hora de determinar el régimen jurídico de las vacaciones y días adicionales. En cualquier caso, la equiparación de ambos preceptos (art. 50 del EBEP y art. 38 del ET), permite extender al personal laboral de la Administración, el régimen predicable de los funcionarios públicos o viceversa.

Pues bien, esta Magistrada considera que la modificación de los art. 48 y 50 del EBEP (y por tanto de toda la normativa en paralelo en el seno de las CCAA), en virtud del RDL 20/2012 art. 8.1 y 2, no puede aplicarse con carácter retroactivo, por lo que no puede afectar a aquellos trabajadores que habiendo cumplido los 15 años de servicio o más, o 18 o más en la Ertzaintza, hubieren causado derecho a disfrutar de los días adicionales de vacaciones que le correspondieren, de conformidad con la legislación anteriormente aplicable al RDL 20/2012 art. 8.1 y 2.

Esta interpretación es acorde con lo dispuesto en la DT 1º del propio RDL 20/2012, en virtud de la cual lo dispuesto en dicho Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impide que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

El tenor literal de esta DT 1º, afianza la idea de la irretroactividad de dicho RDL, pues deja vigentes los permisos que se hubieren devengado hasta el 15 de julio del 2012, fecha de su entrada en vigor, no permitiendo a partir de esa fecha, el disfrute de nuevos días adicionales. Esta es la resolución del presente conflicto.

Dos son los fundamentos que me conducen a esta solución:

1.- El hecho que el permiso por días adicionales de vacaciones, haya desaparecido del art. 48 del EBEP, no significa que haya desaparecido lo que se devengó con el paso del tiempo a lo largo de toda una carrera administrativa porque ello, implicaría predicar un cierta retroactividad del RD 20/2012, (retroactividad impropia), que no es admisible en nuestro derecho pues dicha retroactividad debería constar expresamente.

Sólo el Código Penal, establece expresamente que «tendrán efectos retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena» (CP art.2.2).

Y algo parecido se prevé también, respecto a las Sentencias del Tribunal Constitucional, al establecerse que las Sentencias de inconstitucionalidad «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad» (LOTIC art.40.1).

Así pues, las leyes penales favorables y las sentencias de inconstitucionalidad con consecuencias penales o sancionadoras favorables tendrán efecto retroactivo. Y fuera de estos dos supuestos, sólo tienen efectos retroactivos las normas que así lo expresen de forma manifiesta, por lo que no cabe la aplicación retroactiva de una norma de forma tácita o indiciaria.

2.- Y una segunda razón centrada en que tales días adicionales, participan de la naturaleza propia de las vacaciones, es decir, los DIAS DE ANTIGÜEDAD SON VACACIONES y por ello, están informados por los principios que regulan dicho derecho.

Así debe recordarse que el TJUE 21-6-12 C-78/11, sostuvo que el derecho a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas es un principio del Derecho Social de la Unión Europea de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones.

A mayor abundamiento el derecho a las vacaciones anuales retribuidas también está incluido entre los derechos fundamentales de la Carta de la Unión Europea y por ello el derecho a las vacaciones no puede ser interpretado de manera restrictiva.

No se imponen las costas a ninguna de las partes por ser una cuestión sumamente novedosa respecto sobre la que no existen criterios jurisprudenciales previos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo parcialmente el presente recurso contencioso administrativo, declarando no conforme a derecho la Resolución del Viceconsejero de Administración y Servicios por la que se inadmitió el Recurso de Alzada contra la Resolución de la Directora de Recursos Humanos por la que se inadmite la reclamación de permiso por antigüedad del año 2013.

Declaro no haber lugar a las suspensiones del presente proceso instadas por ambas partes en orden al planteamiento de una posible cuestión de inconstitucionalidad.

Declaro no ha lugar al disfrute de mayores días adicionales a las vacaciones derivados de la antigüedad no adquiridos a fecha 15 de julio del 2012.

Declaro sí ha lugar al disfrute de los días de vacaciones adicionales que se hubieren adquirido por antigüedad a fecha 15 de julio del 2012, fecha de la entrada en vigor del RDL 20/2012 por parte de D. Carlos Arostegui Insausti, D. Guillermo González Telez, D. Santiago Salvador Palma, D. Agustín Miguel Minguela y D. Rafael Errekagorri Azkuenaga.

No se imponen las costas a ninguna de las partes.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

