|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 24/2011 |
| Fecha | 3 de marzo de 2011 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Pascual Sala Sánchez, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. |
| Núm. de registro | 7456-2010 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 7456-2010 |
| Fallo | Mantener la suspensión del art. 130.4 en conexión con el art.130.1 b) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 15 de octubre de 2010, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 130.4 en conexión con el art. 130.1 b) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana. El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE a fin de que se acordase la suspensión de los preceptos impugnados.

2. Por providencia de 3 de noviembre de 2010 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, así como al Presidente del Gobierno de la Generalidad Valenciana y al Presidente de las Cortes Valencianas, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso -15 de octubre de 2010- para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el “Boletín Oficial del Estado” para los terceros, lo que se comunicará a los Presidentes del Gobierno de la Generalidad Valenciana y a las Cortes Valencianas. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diari Oficial de la Generalitat Valenciana”.

3. El Presidente del Senado comunicó mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 17 de noviembre de 2010 que la Cámara se personaba en el proceso ofreciendo su colaboración.

4. La directora de asuntos contenciosos de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, se personó en el proceso el día 19 de noviembre de 2010 solicitando una prórroga en el plazo conferido para formular alegaciones, prórroga que, por plazo de ocho días a contar desde el siguiente a la expiración del ordinario inicialmente concedido, le fue otorgada por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 23 de noviembre de 2010.

5. El 25 de noviembre de 2010 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 3 de diciembre de 2010 el Letrado de las Cortes Valencianas, en nombre y representación de la Cámara, evacuó el trámite de alegaciones conferido solicitando la desestimación del recurso. Asimismo, en el otrosí del citado escrito de alegaciones, solicitó el levantamiento de la suspensión de la disposición impugnada antes del transcurso del plazo de cinco meses previsto en el art. 161.2 CE.

Justifica dicha petición alegando que el levantamiento de la suspensión derivada de la invocación del art. 161.2 CE ha de decidirse atendiendo a la presunción de legitimidad de la normas en especial de las que tienen fuerza de ley en cuanto expresión de la voluntad popular así como a la necesidad de ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran afectados, tanto el general y público, como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irroguen del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, todo ello al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. En este sentido recuerda que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa, aporte y razone con detalle los argumentos que justifiquen su mantenimiento que sólo prosperarán en la medida en que se justifique que el levantamiento de la suspensión dará lugar a perjuicios de imposible o difícil reparación que se producirían por la vigencia de los preceptos legales impugnados durante el tiempo que dure el proceso constitucional, lo que no tendría lugar en el presente caso en el que tampoco la demanda justifica la necesidad de suspensión. Igualmente estima que el levantamiento de la suspensión no supone en ningún caso un perjuicio de imposible o difícil reparación pues la extensión de lo que debe integrarse en la categoría de familiares con la delimitación que hace la ley valenciana supone una determinación de los sujetos beneficiarios. Siendo la finalidad de esta modalidad de excedencia, según expone la representación procesal de la Cámara autonómica, la conciliación de la vida familiar y laboral, difícil o imposible de reparar sería que los cónyuges o parejas de hecho no puedan atender adecuadamente a su familia si con la suspensión de este precepto ello se le impide, máxime cuando la decisión de que el supuesto contemplado en los preceptos objeto de recurso comporte la aplicación de un determinado régimen de la Seguridad Social corresponderá en último término a una decisión que no es del legislador valenciano. Por último indica que la suspensión de los preceptos impugnados no excluye, conforme al criterio expresado por la Comisión superior de personal en dictamen que adjunta, que se pueda interpretar la norma en el sentido en que lo hace la ley valenciana.

7. El día 20 de diciembre de 2010, la directora de asuntos contenciosos de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, presentó su escrito de alegaciones interesando la desestimación del recurso interpuesto. Mediante otrosí solicitó el levantamiento anticipado de la suspensión por las razones que, sucintamente, se recogen a continuación.

Comienza destacando el carácter excepcional de la suspensión prevista en el art. 161.2 CE tanto por su carácter limitativo como por ser contraria al principio de presunción de legitimidad de la norma señalando que procede el levantamiento de esa suspensión de forma inmediata. Indica a continuación que en la resolución de este tipo de incidentes es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran afectados, tanto el general y público, como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irroguen del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda y requiere que el Gobierno de la Nación aporte los argumentos que justifiquen su mantenimiento. En lo que respecta a la valoración de los intereses en juego ante la suspensión señala que procede el levantamiento de la suspensión de la norma en virtud de la presunción favorable a la vigencia de la misma y puesto que la aplicación de la norma impugnada no generará situaciones irreversibles ni comportará perjuicios de imposible o difícil reparación sin que tampoco la concurrencia de normas suponga un quebranto del principio de seguridad jurídica ni pueda conllevar la suspensión de la normativa autonómica.

8. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de diciembre de 2010, acordó incorporar a los autos los escritos de alegaciones del Letrado de las Cortes Valencianas y de la directora de asuntos contenciosos de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana y, en cuanto a la solicitud formulada en otrosí sobre el levantamiento de la suspensión de los preceptos objeto de recurso, oír al Abogado del Estado para que, en el plazo de cinco días, exponga lo que estime procedente al respecto.

9. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el día 29 de diciembre de 2010 solicitando que se mantenga la suspensión de los preceptos legales impugnados.

Expone, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional tiene declarado que para la resolución de este tipo de incidentes es necesario ponderar, de un lado, los intereses implicados, tanto el general y público como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe hacerse mediante el examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones contenidas en la demanda (ATC 428/2004, de 10 de noviembre, FJ 2, con cita de otros muchos). En definitiva, ha de procederse a una consideración de la gravedad de los perjuicios que originarían las situaciones de hecho que, previsiblemente, se producirían en caso de que se levantara o se mantuviera la suspensión. Aunque el Tribunal Constitucional se refiere a las situaciones de hecho creadas, la realidad es que lo que con más frecuencia se ha de examinar son las situaciones de hecho que con cierto grado de previsibilidad puedan producirse en el caso de levantarse la suspensión.

Tras referir el objeto del recurso, el Abogado del Estado afirma que los preceptos recurridos amplían el ámbito subjetivo que, en la normativa básica estatal, permite a los funcionarios acceder a la situación de excedencia por cuidado de familiares en cuanto que la extienden al “cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida” con la grave consecuencia de que el tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.

En cuanto a los perjuicios irreversibles que ocasionaría la inmediata entrada en vigor de los preceptos impugnados hace una amplia referencia a la situación económica y financiera en la que se encuentra España, citando al efecto el informe anual del Banco de España correspondiente al año 2009, señalando que los perjuicios que invoca no pueden entenderse sin hacer referencia a la grave situación de credibilidad en la que se encuentran las economías de determinados países de la zona euro lo que ha obligado al Gobierno a adoptar medidas orientadas a la contención del gasto público y a plantear la reforma del modelo de pensiones que garantice su sostenibilidad en el futuro, tal como reclaman los organismos europeos e internacionales. En este contexto, argumenta el Abogado del Estado, ha de plantearse si resulta creíble el anuncio de una profunda reforma del modelo de pensiones y de control del gasto estatal y autonómico cuando al tiempo se acepta que una Comunidad Autónoma decida romper la caja única de la Seguridad Social, sustrayendo fondos comunes en beneficio exclusivo de las personas residentes en esa Comunidad. En dicho marco económico la ampliación por parte de las Comunidades Autónomas de los derechos económicos de la Seguridad Social produciría la ruptura por regiones de la misma lo cual, en el contexto de desconfianza antes aludido tendría consecuencias ciertamente graves y difícilmente calculables.

Seguidamente alude a un informe -que adjunta- de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración en el que se recogen los efectos que sobre las prestaciones de la Seguridad Social tendría la ampliación subjetiva de la excedencia operada por la Ley 10/2010, la cual, según dicho informe, incidiría en el cómputo de los períodos mínimos de jubilación que dan derecho a prestaciones económicas de la Seguridad Social, en el cálculo de la base reguladora de la prestación, en el porcentaje aplicable a la pensión de jubilación y en el cálculo de la cuantía de las prestaciones. Alude también el Abogado del Estado a otro informe de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda que asimismo adjunta y en el que se ofrece el cálculo teórico de lo que supondría en una pensión de clases pasivas el cómputo de tres años de servicios efectivos.

Por último recuerda la doctrina del ATC 422/2003, de 16 de diciembre, el cual, aplicando la doctrina de los previos AATC 193/1999 y 194/1999, de 21 de julio, acordó el levantamiento de la suspensión de una ayuda económica complementaria a las previstas en el régimen común de la Seguridad Social y sufragada íntegramente con fondos autonómicos por entender que no se concretaba la concreta perturbación del sistema de caja única de la Seguridad Social. De ello deduce el Abogado del Estado que ha de concluirse que existirían perjuicios relevantes para el interés general cuando una previsión autonómica incida directamente en la caja única de la Seguridad Social, disponiendo de los fondos de ésta para mejorar la cobertura de los ciudadanos de un determinado territorio. Dicha incidencia también produciría un perjuicio para los intereses privados ya que el aumento en la cuantía de las prestaciones para los ciudadanos de determinadas Comunidades Autónomas produce una disminución de la cuantía a distribuir entre el resto de cotizantes de otros territorios, generando incertidumbres en la efectividad de los derechos generados durante el período de cotización.

Finalmente el Abogado del Estado aduce la inexistencia de perjuicio alguno para los intereses públicos y privados derivado del mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados puesto que, conforme a los argumentos expresados por el Gobierno y el Parlamento autonómicos en su contestación a la demanda, en la expresión un familiar hasta el segundo grado que emplean las bases estatales deben entenderse incluidos el cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida de forma que, en esta interpretación de la legislación básica estatal, ningún perjuicio ocasionaría la suspensión de un precepto autonómico que sería mera reproducción de la norma estatal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente resolución consiste en determinar si, de acuerdo con el art. 161.2 CE, procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia que afecta al art. 130.4 en conexión con el art. 130.1 b) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana, preceptos que se encuentran suspendidos en su aplicación, como consecuencia de la invocación del art. 161.2 CE, al promoverse el recurso de inconstitucionalidad contra los mismos por el Presidente del Gobierno.

Las representaciones procesales del Gobierno de la Generalidad Valenciana y de las Cortes Valencianas han solicitado el levantamiento anticipado de la suspensión sin esperar al transcurso de los cinco meses previstos en el art. 161.2 CE, solicitud viable procesalmente, pues, conforme a nuestra doctrina, los cinco meses a los que hace referencia el citado precepto constitucional son, precisamente, el límite máximo inicialmente previsto para la suspensión, incluyéndose entre las potestades de este Tribunal la de ratificar o levantar la suspensión dentro de ese plazo (por todos, ATC 56/2010, de 19 de mayo, FJ 1).

Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

“Artículo 130. Excedencia voluntaria por cuidado de familiares

1. El personal funcionario tendrá derecho a un período de excedencia no superior a tres años en los siguientes supuestos:

b) Para atender al cuidado del cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida o familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad o cualquier persona que, legalmente, se encuentre bajo su guarda o custodia que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

4. El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.”

Conforme a su tenor el art. 130.1 b) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana, incluye expresamente entre los familiares para cuyo cuidado el personal funcionario tiene derecho a disfrutar de un período de excedencia voluntaria, al cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida mientras que el art. 130.4 de la misma Ley 10/2010 establece que el tiempo de permanencia en dicha situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el régimen de seguridad social que les sea aplicable. El Abogado del Estado reprocha al art. 130.1 b) que la inclusión del cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida ampliaría el ámbito subjetivo de los familiares que permiten el acceso a dicha situación administrativa contraviniendo el precepto básico del art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, y vulnerando con ello la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE, en relación con las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Por su parte la vulneración del art. 149.1.17 CE, que atribuye al Estado competencias en materia de régimen económico de la seguridad social, se encuadra en el art. 130.4 en la medida en que a los beneficiarios de la anterior excedencia les reconoce el tiempo de permanencia en esa situación a los efectos del régimen de Seguridad Social que les resulte de aplicación.

2. Sobre este tipo de incidentes de suspensión es reiterada nuestra doctrina según la cual, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la misma, es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, se ha destacado que esta valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulen en la demanda, recordando que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa, aporte y razone con detalle los argumentos que la justifiquen, pues debe partirse en principio de la presunción de constitucionalidad de las normas objeto de recurso (por todos, ATC 105/2010, de 29 de julio, FJ2).

3. En esta ocasión los argumentos en los que el Abogado del Estado fundamenta su petición de mantenimiento de la suspensión destacan en primer lugar el contexto económico y financiero en el que se encuentra nuestro país, contexto que obligaría a la adopción de medidas de contención del gasto y de reforma del sistema de pensiones que sería incompatibles con la vigencia de las normas ahora suspendidas. En un plano más concreto, con apoyo en los dos informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, plantea que el art. 130.4, en relación con el 130.1 b), incide negativamente en el régimen económico de la Seguridad Social siendo, además de contrario a los intereses generales y susceptibles de generalizarse al resto de las Comunidades Autónomas, perjudicial para los intereses privados, todo lo cual determinaría el mantenimiento de la suspensión, mantenimiento del que estima que ningún perjuicio se deriva. Por su parte, la representación procesal del Gobierno Valenciano ha destacado que los efectos suspensivos de la norma autonómica constituyen una excepción a la regla general de su vigencia que, en cuanto tal excepción, debe interpretarse restrictivamente así como la falta de argumentación de las razones en las que dicha suspensión se fundaría pues entiende que la aplicación del precepto no produciría daños de imposible o difícil reparación. Dichas consideraciones son compartidas por el Letrado de las Cortes Valencianas el cual, además, destaca que la finalidad de esta modalidad de excedencia es la conciliación de la vida familiar y laboral, por lo que difícil o imposible de reparar sería que los cónyuges o parejas de hecho no puedan atender adecuadamente a su familia si con la suspensión de este precepto ello se le impide. Por último indica que esa suspensión de los preceptos impugnados no excluye que se pueda interpretar la norma básica estatal en el sentido en que lo hace la ley valenciana.

4. Así expuestos los perjuicios a los intereses particulares y generales que cada una de las partes plantea que pueden producirse si se mantiene o se alza la suspensión previamente acordada por el Tribunal procede ya realizar la ponderación propia de este incidente cautelar descartando, en primer lugar, que la eventualidad, a la que alude el Abogado del Estado, de que las normas aquí cuestionadas puedan ser reproducidas en otras leyes autonómicas constituya un perjuicio a valorar por este Tribunal, ya que se trata de una simple hipótesis carente de sustento, y, como ha reiterado este Tribunal, este incidente no puede servir para conjurar riesgos inciertos y desconectados por entero del objeto sobre el que imprescindiblemente ha de versar (por todos, ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4).

Entrando ya en el examen de los concretos perjuicios alegados, hemos de comenzar señalando que cualquier incidencia en el sistema de pensiones debe atender a los muy diversos factores concurrentes al objeto de asegurar que las decisiones adoptadas se ajusten a las posibilidades financieras del sistema público de la Seguridad Social para la ordenación de los recursos dedicados a esas pensiones, lo que nos obliga a ponderar los efectos de la aplicación de los preceptos autonómicos en relación con el correcto funcionamiento de los recursos propios de la denominada caja única de la Seguridad Social dada la indiscutible necesidad de no alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución.

Al respecto, la Constitución ha establecido e impuesto la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un “régimen público”, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos, carácter materialmente unitario que también es predicable de su régimen económico y del que se deriva la aplicación del principio de caja única por el que se rigen dichos recursos económicos de la Seguridad Social. En el caso que examinamos son precisamente estos fondos los que pueden quedar comprometidos en tanto que la aplicación de los preceptos impugnados es susceptible de generar derechos oponibles frente a ellos. Circunstancia determinante para que, desde la perspectiva cautelar propia de este incidente, apreciemos el riesgo de que se afecte a la caja única de la Seguridad Social dado que debería asumir la carga financiera que es consecuencia de la aplicación del inciso cuestionado del art. 130.4 en relación con el art. 130.1 b) de la Ley valenciana 10/2010 con los consiguientes perjuicios para los intereses generales si no se mantuviese la suspensión. Frente a ello han de ceder los intereses de los funcionarios públicos valencianos que hubieran de verse beneficiados por la aplicación de la regulación controvertida pues los mismos no pueden prevalecer frente a los generales subyacentes al sistema de financiación de la Seguridad Social antes aludido además de que, si nos atenemos a los alegatos al respecto, tanto del Abogado del Estado como del Letrado de las Cortes Valencianas en los que aluden a una posible interpretación del art. 130.1 b) compatible con la legislación básica estatal, desde la perspectiva cautelar que ahora debemos adoptar, como la norma básica sigue siendo aplicable a la situación administrativa en cuestión tampoco se perjudican gravemente los intereses de los funcionarios valencianos.

En conclusión de todo lo expuesto los perjuicios que, podrían producirse respecto de la caja única de la Seguridad Social determinan el mantenimiento de la suspensión del art. 130.4 en conexión con el art. 130.1 b) de la Ley valenciana 10/2010.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Mantener la suspensión del art. 130.4 en conexión con el art.130.1 b) de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana.

Madrid, a tres de marzo de dos mil once.