Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 23 de julio de 2020, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad sobre el Decreto ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19

(Boletín Oficial del Estado, núm. 195, de 17 de julio de 2020)

ANTECEDENTES

Las solicitudes de recurso, formuladas por organizaciones sindicales, se plantearon frente al artículo 23, definidor de los distintos turnos de trabajo del personal sanitario, y frente a la disposición final undécima de la norma, relativa a la situación y derechos del personal estatutario temporal sin título de psicólogo especialista en psicología clínica que estuviera prestando servicio en alguna plaza de las categorías estatutarias de psicólogo de la atención primaria o técnico titulado/técnica titulada superior en psicología (personal técnico titulado superior psicólogo). Se alegaban razones competenciales, vulneración del derecho a la negociación colectiva y ausencia del presupuesto habilitante de urgencia y necesidad para el dictado del Decreto ley, entre otras.

Se acordó **no interponer** el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) Respecto del artículo 23

PRIMERO. Debe comenzar precisándose que esta institución, a efectos del ejercicio de su legitimación para la interposición de recursos de inconstitucionalidad, mantiene el criterio respecto de las alegaciones de carácter competencial de que ha de ser el titular de la competencia supuestamente vulnerada el que ejercite la acción en defensa de la misma. La función constitucional del Defensor del Pueblo (art. 54 CE) es la garantía de los derechos y libertades fundamentales y no la defensa del orden competencial y, por ello, tan solo en el supuesto de que la eventual alteración de ese orden afectase inmediatamente a esos derechos y libertades, lo que no ocurre en el presente caso, procedería el ejercicio de su legitimación por este motivo.

Por otra parte, no se observa la infracción competencial alegada. En efecto, la inobservancia de la normativa básica estatal lo sería respecto del artículo 46 del ya citado en antecedentes Estatuto Marco, que define el trabajo por turnos (apdo. h) como «toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo

rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas».

Como se ve, este precepto, de alcance meramente definitorio y sin mandato imperativo alguno, se limita a la descripción de lo que, a sus efectos, como una forma de organización del trabajo en equipo, se considera trabajo por turnos y no concreta, como sí lo hace el decreto ley cuestionado, los diferentes turnos que la Administración sanitaria competente establezca para su propia organización. Por otra parte, el precepto básico advierte que las definiciones que contiene se establecen «a los efectos exclusivos» de la aplicación de las normas que el propio Estatuto Marco contiene «en materia de tiempo de trabajo y régimen de descansos», normas y régimen que el decreto ley no altera.

SEGUNDO. La segunda alegación plantea la cuestión de si la eventual infracción de un tratado internacional, o de su derecho derivado como sería aquí el caso, por una norma interna posterior a la integración de dicho tratado en el ordenamiento interno puede interpretarse como una infracción (mediata o indirecta) de la Constitución.

Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional al afirmar que «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (STC 28/1991, FJ 5).

De ello se deriva que la infracción alegada de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aun cuando efectivamente se hubiera producido, lo que en absoluto se afirma, no sería base suficiente para la interposición del recurso que se solicita.

TERCERO. Finalmente se alega en la solicitud de interposición de recurso la vulneración del derecho a la negociación colectiva, proclamado en el artículo 37.1 de la CE al haberse adoptado la medida sin negociación previa en la mesa sectorial correspondiente. Se parte para ello de la premisa de que la norma implica una modificación de las condiciones de trabajo, lo que sin duda es una de las materias propias de la negociación colectiva.

Sin embargo, la eventual afectación de las condiciones de trabajo no derivaría del precepto mismo que, se dice otra vez, es meramente descriptivo. El turno diurno, que es el que en último término se cuestiona, puede desarrollarse en horario de mañana, de tarde, o de mañana y de tarde, y esta descripción, per se, no implica modificación alguna de las condiciones de trabajo del personal estatutario al que se refiere. Será por tanto la aplicación concreta de la norma y no la norma misma la que en su caso haya de constituir el objeto de la negociación convencional.

Por otra parte, no puede perderse de vista que nos encontramos ante una medida legislativa fundada en una situación de extraordinaria y urgente necesidad derivada de la pandemia originada por el coronavirus SARS-CoV-2. La naturaleza propia de esta norma, decreto ley, esto es, legislación provisional sometida a posterior convalidación parlamentaria y la excepcionalidad de la situación en la que se adopta, justificarían sin mayores dificultades la derivación a un momento posterior la negociación colectiva si esta hubiera de producirse.

B) Respetto de la disposición final undécima

CUARTO. Ha de reiterarse lo ya expresado en relación con el ejercicio de la legitimación para la interposición recursos de inconstitucionalidad cuando la solicitud se fundamenta en razones competenciales. Es el titular de la competencia el que ha de valorar si se ha vulnerado el orden derivado de la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ejercer su propia legitimación, limitando esta institución su posible intervención procesal a aquellos supuestos en los que se produzca, por mor de la alteración competencial, una afectación a los derechos y libertades cuya garantía le corresponde al Defensor del Pueblo.

También ha de reiterarse aquí lo ya dicho en los fundamentos anteriores respecto a que la naturaleza propia de la norma aquí impugnada, esto es, legislación provisional urgente sometida a posterior convalidación parlamentaria y la excepcionalidad de la situación en la que se adopta, pueden justificar sin mayores dificultades la derivación a un momento posterior la negociación colectiva si esta hubiera de producirse.

QUINTO. Restaría, por tanto, tratar la alegación referida a la ausencia de presupuesto habilitante de urgencia y necesidad para el dictado de la norma cuestionada. Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional tratan este asunto y por todas, la STC 152/2017, de 21 de diciembre, recoge la jurisprudencia en la materia en los siguientes términos: «Con relación a este presupuesto habilitante, el Tribunal Constitucional tiene dicho que los términos “extraordinaria y urgente necesidad” no constituyen “en modo alguno ‘una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes’, razón por la cual, este Tribunal puede, ‘en supuestos de uso abusivo o arbitrario,

rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada' como de 'extraordinaria y urgente necesidad' y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante"»).

Ahora bien, en la misma sentencia se pone de manifiesto, que «la apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley)» y asimismo «que la fiscalización de este Órgano constitucional es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno».

Resulta evidente que la pandemia sanitaria actual sirve para justificar globalmente múltiples medidas en muy diversos ámbitos adoptadas por distintos Ejecutivos haciendo uso de sus facultades para dictar medidas legislativas provisionales. Más compleja, sin embargo, puede ser la justificación individualizada de cada una de ellas si se examinan aisladamente fuera del contexto en el que se producen.

En el presente caso, la medida cuestionada se justifica, en el preámbulo del decreto ley, en el «cumplimiento de un acuerdo sindical» del que no se aportan datos concretos, «cuya ejecución debe tener lugar antes de la resolución de las convocatorias vinculadas a la oferta pública de empleo de 2017». Con esta premisa se modifica en los términos ya transcritos un párrafo de una norma reglamentaria (el párrafo cuarto del apartado 1 de la disposición adicional primera del Decreto 47/2011, de 13 de mayo,) con la consecuencia de eliminar la previsión contenida hasta ahora en la misma de que las plazas ocupadas por el personal temporal al que se refiere la norma sean amortizadas una vez que se resuelva el primer proceso selectivo que se convoque para cubrir plazas vacantes correspondientes a la categoría psicólogo clínico/psicóloga clínica.

Es por tanto la no amortización de las plazas prevista en la redacción anterior del Decreto 47/2011 la consecuencia de la modificación efectuada, modificación que no altera la temporalidad del vínculo del personal que ocupa con ese carácter las plazas correspondientes, y que no modifica los requisitos de titulación necesarios para ocupar éstas en particular ni las que se hubieran convocado o se convoquen en la categoría de psicólogos clínicos como se apunta en los escritos de solicitud de interposición de recurso. Y dado que la amortización de plazas ocupadas por personal temporal conllevaría el cese de éste, la cuestión se reduce a la valoración de si en la situación sanitaria actual procede el mantenimiento de una previsión que implica una reducción de efectivos sanitarios o si procede el mantenimiento de estos efectivos eliminando la amortización de plazas prevista y ejecutando con ello un previo acuerdo sindical.

Planteada en estos términos la cuestión, entiende esta institución que la medida adoptada entra en el margen de apreciación política que corresponde al Gobierno autonómico y a la que alude la doctrina constitucional antes expuesta y sirve para considerar existente el presupuesto habilitante para su adopción mediante decreto ley.