**INFORME RELATIVO AL PROYECTO DE DECRETO PARA LA APROBACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES Y MEJORAS VOLUNTARIAS EN SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y DURANTE EL DISFRUTE DE DETERMINADOS PERMISOS PARA EL PERSONAL EMPLEADO PÚBLICO AL SERVICIO DEL SECTOR PÚBLICO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI.**

La Dirección de Función Pública del Departamento de Administración Pública y Justicia solicita Informe de Legalidad en relación al proyecto de Decreto referido en el encabezamiento.

El presente informe se emite en virtud de las competencias que al Departamento de Administración Pública y Justicia y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de su Viceconsejería de Régimen Jurídico, confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) del Decreto 20/2012, de 20 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y el artículo 13.1.a) y c) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

Asimismo, de conformidad con el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno en su sesión de 13 de junio de 1995 en su apartado primero, 3, es preceptiva la emisión del Informe.

**Solicitud de este Informe.**

Con fecha 19 de diciembre se recibió una primera solicitud para la emisión del presente Informe de Legalidad; según la orden de inicio el expediente se tramitaba mediante el procedimiento de urgencia.

Al texto del proyecto de Decreto sometido a Informe únicamente le acompañaba la orden de inicio del procedimiento de elaboración. No se adjuntaba memoria explicativa, ni informes, ni se hallaba incluido para su tramitación a través del espacio colaborativo Legesarea.

Parece ser que con posterioridad se ha reiniciado la tramitación del proyecto puesto que, una vez incluido en el citado espacio Legesarea, ahora constan realizados los siguientes trámites:

* Orden conjunta de los Consejeros de Administración Pública y Justicia y de Hacienda y Finanzas de inicio del procedimiento de elaboración.
* Memoria justificativa del mismo.
* Memoria económica.
* Informe jurídico de la Dirección de Función Pública.
* Informe jurídico del Departamento de Hacienda y Finanzas.
* Certificación de la Dirección de Relaciones Laborales del Departamento de Administración Pública y Justicia acreditativa de la inclusión en el orden del día de varias reuniones de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de la ausencia de acuerdo en las mismas.
* Informe de la Dirección de Función Pública justificativo de la ausencia de relevancia desde el punto de vista del género.
* Orden conjunta de los Consejeros de Administración Pública y Justicia y de Hacienda y Finanzas por la que se aprueba con carácter previo el proyecto de decreto.

Con fecha 13 de enero se ha recibido el Informe Jurídico del Departamento de Administración Pública y Justicia.

Con ocasión de este último Informe se ha rehecho la versión del proyecto de Decreto sometida a nuestro trámite, acomodándolo sustancialmente a las observaciones contenidas en este último Informe.

**Procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto.**

No es menester reproducir aquí el objeto, la razón de ser y la finalidad únicas del proyecto que nos ocupa. Sobre el particular se pronuncian los diversos informes y memorias que obran en el expediente y la parte expositiva del propio proyecto de Decreto.

Con el único propósito de analizar la tramitación del proyecto recordaremos que la iniciativa viene habilitada expresamente por la Disposición Adicional Décima de la Ley 4/2013, de 20 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2014 del siguiente tenor:

*Décima.– Regulación de los complementos retributivos en materia de incapacidad temporal.*

*Se mantiene la suspensión prevista en el último párrafo del artículo 19.11 de la Ley 6/2011, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2012. Asimismo, se mantiene la regulación de los complementos retributivos en materia de incapacidad temporal conforme a lo previsto al respecto en el Decreto 9/2012, de 31 de enero, sobre aplicación de medidas de reducción de gasto público en desarrollo de la Ley 6/2011, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2012. En todo caso, el Gobierno podrá dictar una nueva regulación sobre la materia, a propuesta de los departamentos de Hacienda y Finanzas y de Administración Pública y Justicia.*

La Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012 contenía la previa habilitación:

*Asimismo se suspenden en su aplicación los artículos y las cláusulas que regulan los complementos retributivos en concepto de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social o del régimen de previsión social que corresponda, en las situaciones de incapacidad temporal por enfermedad común. Se autoriza al Gobierno para regular reglamentariamente en qué condiciones, requisitos y porcentajes se procederá al abono de dichos complementos.*

El presente proyecto de Decreto, así como su precedente inmediato, son, por tanto, reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo de materias incluidas en las respectivas Leyes de presupuestos.

Si bien es cierto que el artículo 3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, exceptúa de su conocimiento, los anteproyectos de leyes de:

*–… aprobación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, concesión de créditos adicionales, variación de las condiciones de los créditos de compromiso y liquidación de los Presupuestos.*

No lo es menos que somete a Informe de esta los *Proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicten por el Gobierno Vasco en desarrollo o ejecución de leyes del Parlamento.*

Es por ello que la meritada redacción del artículo 3 parcialmente reproducido, suscita la duda en quien esto suscribe acerca la intervención de la citada Comisión Jurídica Asesora.

En cualquier caso es constante la opinión expresada en reiterados Informes de Legalidad emitidos por esta Dirección, que, con relación a la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se recogen las condiciones de trabajo de los empleados públicos, los reputa como disposiciones de carácter general. Valga por todos el siguiente párrafo contenido en el Informe de Legalidad emitido con ocasión de la tramitación del proyecto de Decreto por el que se aprobaba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del personal de la Administración General de la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos en el ejercicio 2005:

*Desde otra perspectiva y como reflexión en torno al procedimiento de elaboración señalamos que superada en la actualidad la inicial discusión doctrinal sobre la naturaleza de los acuerdos y pacifica la consideración de estos como disposiciones de carácter general parece que la especificidad de su iter procedimental permite la no aplicación de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General.*

Traemos lo anterior a colación porque llama especialmente la atención que con ocasión de la elaboración del Decreto 9/2012, cuya modificación es el objeto exclusivo del proyecto actual, los informes que acompañaban al mismo contenían la siguiente argumentación:

*Con carácter previo a la aprobación por el Gobierno se inició un proceso de negociación con la representación sindical de los empleados públicos en la Mesa General de Función Pública de la Comunidad Autónoma. Dicha negociación finalizó sin acuerdo por lo que, en consecuencia, procede modificar las condiciones laborales reguladas en los distintos Acuerdos de Condiciones de Trabajo y Convenios Reguladores de Condiciones Laborales del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi definido en el artículo 7.3 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco. Como consecuencia de la ausencia de acuerdo en el proceso de negociación corresponde al Gobierno la aprobación de la modificación de las condiciones laborales de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 6/2011, de 23 de diciembre.*

*En consecuencia, el carácter del Decreto que se eleva a su aprobación por el Consejo de Gobierno conlleva que su tramitación no se realice conforme a las previsiones de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, sobre Procedimiento de Elaboración de Disposiciones de Carácter General sino que llevada a cabo la negociación y acreditado, la imposibilidad de alcanzar acuerdo sobre la modificación de condiciones laborales, corresponde a los Departamentos de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública la presentación ante el Gobierno del Decreto por el que se aprobarán las mismas.*

En atención a tales argumentaciones el, entonces, proyecto de Decreto no se sometió a la consideración de esta Dirección al objeto de la emisión del Informe de legalidad.

En el presente supuesto, sin embargo, la Orden de inicio del procedimiento, la memoria justificativa y en definitiva la Orden de aprobación previa, someten la tramitación del proyecto a los trámites establecidos en la Ley 8/2003.

Amén de dejar sentada la condición de disposición general del proyecto de Decreto, conforme a la consolidada opinión que se ha expuesto, no existe duda de que, el propio expediente es prueba de ello con la existencia de la certificación del trámite de negociación, la tramitación del mismo se halla sometida a las previsiones contenidas en los artículos 31 y siguientes de la Ley 7/2007, de 6 de julio, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Encontrándose la elaboración del proyecto de Decreto sujeta a los trámites específicos contenidos en el citado Estatuto Básico del Empleado Público, resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 2 de la Ley 8/2003: *Esta Ley se aplica a las disposiciones de carácter general que elaboran el Gobierno Vasco y la Administración de la Comunidad Autónoma. Aquellas que tengan establecido en normas con rango de ley un procedimiento de elaboración específico se elaborarán conforme a éste, sin perjuicio de la aplicación supletoria de lo establecido en esta Ley.*

En cualquier caso constan en el expediente los Informes Jurídicos realizados por los servicios correspondientes de los Departamentos proponentes de la iniciativa y que responden a la exigencia establecida en el artículo 7.3 de la referida Ley 8/2003: *En todo caso, se emitirá por el servicio jurídico del Departamento que haya instruido el procedimiento un informe jurídico en el que se analice su fundamento objetivo, la adecuación de su contenido a la Ley y al Derecho y la observancia de las directrices de técnica normativa que, en su caso, se establezcan*.

Dos últimas consideraciones referidas a la elaboración del proyecto de Decreto.

La Orden conjunta de inicio del procedimiento excluye la necesidad de la evaluación previa del impacto de género exigida en los artículos 19 a 22 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, sobre la base de la excepción contenida en la Directriz Primera punto 2, apartado 1. d) de las Directrices aprobadas por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 21 de agosto de 2012. Con arreglo a esta Directriz no es necesaria esa evaluación cuando el proyecto de disposición general *tenga como objeto modificar otras normas ya vigentes, a menos que la modificación resulte sustancial por lo que respecta a la situación de mujeres y hombres*. El Informe Justificativo de la Ausencia de Relevancia desde el Punto de Vista del Género que obra en el expediente considera que en los aspectos *que tienen relevancia desde el punto de vista de género y los que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar, la situación es la misma que se recogía* *en el Decreto 9/2012, de 31 de enero*.

El expediente de elaboración de este último, sin embargo, carece de toda alusión o evaluación de la perspectiva de género. Los supuestos en los que el anterior Decreto y el proyecto que ahora se informa, prevén la percepción del 100% de las retribuciones, comprenden determinadas contingencias relevantes para la perspectiva de género y la conciliación de la vida laboral y familiar. Son las siguientes:

*El personal empleado público incluido en el ámbito de aplicación de este Decreto percibirá el 100% de las retribuciones o un complemento hasta dicho 100%, en los siguientes supuestos:*

*a. – En los permisos por parto, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Estos supuestos continuarán regulándose por lo que disponen los acuerdos reguladores o convenios colectivos de condiciones de trabajo del personal empleado público al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.*

*…*

*c.- En los procesos de incapacidad temporal que sean consecuencia directa del estado de gestación.*

Los artículos 19 y 21 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, obligan a *analizar si la actividad proyectada en la norma o acto administrativo puede tener repercusiones positivas o adversas en el objetivo global de eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres y promover su igualdad,* así como *a ser informados por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, a efectos de verificar la correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 19 a 20 de la Ley*  *y, en su caso, para realizar propuestas de mejora en tal sentido.*

Tampoco la tramitación ha observado las instrucciones aprobadas por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 14 de mayo de 2013 por el que se aprueban las medidas para la elaboración bilingüe de las disposiciones de carácter general que adopten la forma de Ley, Decreto Legislativo, Decreto u Orden.

**Análisis normativo**

Los informes y memorias que constan en el expediente ya sitúan los hitos normativos que habilitan y preceden al proyecto que ahora se analiza.

La Ley 6/2011 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2012, suspendió los artículos y cláusulas contenidos en los acuerdos, convenios o pactos que contenían complementos retributivos para los empleados públicos en situación de incapacidad temporal del conjunto del sector público de la Comunidad Autónoma, esto es determinó el ámbito subjetivo de tal suspensión. A su vez habilitó al Gobierno para regular, para ese ámbito subjetivo, las condiciones, requisitos y porcentajes relativos al abono de los complementos a las prestaciones en situaciones de incapacidad temporal.

El Decreto 9/2012, cuya tramitación se ha glosado, efectuó tal desarrollo. Este Decreto fue objeto de recurso contencioso-administrativo por la central sindical C.C.O.O; se siguen los Autos de Procedimiento Ordinario 279/2012 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que se encuentran pendientes de sentencia.

La Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2014 contiene análogas previsiones a la correspondiente al ejercicio 2012 (vigente en 2013 a través del régimen de la prórroga presupuestaria).

El análisis normativo que corresponde realizar acerca del proyecto que atañe a este Informe habrá de ceñirse a la adecuación del ejercicio de la habilitación legal. Sobre el particular se han pronunciado los informes jurídicos que figuran en el expediente y no es menester realizar consideraciones adicionales.

No obstante a quien suscribe este Informe le suscita cierta duda el diferente grado de afección que las medidas adoptadas han de tener respecto del personal funcionario y laboral perteneciente a la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi y al resto de entidades que, bajo personificación jurídico privada, integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, a los que también va dirigida, en cumplimiento de la habilitación legal de ambas Leyes de Presupuestos, el Decreto 9/2012 y el proyectado.

En el expediente que examinamos figura la Certificación expedida por la Directora de Relaciones Laborales comprensiva del intento de negociación en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi de las medidas objeto de este proyecto de Decreto.

Parece claro que dentro del elenco de materias a negociar en aplicación del artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público se encuentran las que constituyen el objeto de este proyecto de Decreto.

Así lo han entendido los Departamentos proponentes.

Ahora bien, ni en la citada Mesa General se encuentra representado el personal laboral de las sociedades y fundaciones públicas del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, ni a este personal resultan aplicables las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público, salvo lo previsto en la Disposición Adicional Primera.

Este es mi informe, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Vitoria-Gasteiz, a 21 de enero de 2014.

**El letrado:**

**Alfonso Gómez Fernández**