

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14595 *Sala Primera. Sentencia 191/2012, de 29 de octubre de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 1320-2011. Planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña. Competencias en materia de función pública: constitucionalidad del precepto legal autonómico que limita al cuidado de los hijos menores de seis años el derecho a la reducción de jornada reconocido en la legislación básica estatal para atender a los menores de hasta doce años (STC 181/2012).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Manuel Aragón Reyes, doña Adela Asua Batarrita, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1320-2011, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña, en relación con el art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el estatuto básico del empleado público. Han formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Parlamento catalán, la Generalitat de Cataluña, el Fiscal General del Estado y el Instituto Catalán de la Salud y se han personado el Congreso de los Diputados y el Senado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 7 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al que se acompaña, junto con el testimonio de las actuaciones, el Auto de 1 de diciembre de 2010 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas, por contravenir el art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el estatuto básico del empleado público (en adelante, LEEP).

2. Los hechos de los que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad planteada son, en síntesis, los siguientes:

a) Por resolución de 15 de noviembre de 2004 se otorgó a una funcionaria interina de la Comunidad Autónoma de Cataluña la reducción de un tercio de la jornada laboral

para el cuidado de un hijo menor de seis años con abono del 80 por 100 de sus retribuciones de acuerdo con lo previsto en el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas. El 3 de marzo de 2007 y 4 de abril de 2007, la funcionaria interina presentó escrito solicitando que le fuera prorrogada la reducción de jornada de que venía disfrutando, hasta que su hija cumpliera ocho años, en aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la modificación que la misma introdujo en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores.

b) Contra la denegación presunta de la anterior solicitud, la funcionaria interina formuló recurso de alzada, que fue desestimado por resolución de 15 de junio de 2007 del Director gerente del Instituto Catalán de la Salud. Dicha resolución fue recurrida mediante recurso recurso-contencioso administrativo, que fue desestimado por Sentencia de 26 de junio de 2008 dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona. Entiende el citado Juzgado, en el sentido de la Administración, que no le es de aplicación el art. 37.5 del estatuto de los trabajadores, atendida la condición de empleado público de la actora, ni el art. 48.1 h) LEEP, que establece el derecho de reducción de jornada hasta la edad de doce años del menor, mientras que la ley catalana lo reconoce hasta los seis años, ya que de acuerdo con el propio artículo, su contenido solo es aplicable en defecto de regulación y la misma ya existe en Cataluña en el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio.

c) Contra la citada Sentencia se interpuso recurso de apelación por considerar la recurrente que el precepto aplicable es el art. 48.1 h) LEEP, ya que esta tiene la consideración de norma básica del Estado, y, de acuerdo con el art. 149 de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles, así como las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen estatutario de sus funcionarios.

d) Por providencia de 8 de julio de 2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró, una vez se señaló fecha para la votación y fallo, y ante la posibilidad de que pudiera existir una inconstitucionalidad sobrevenida en la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas, por la vigencia de la Ley 7/2007 del estatuto básico del empleado público, acordó, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común e improrrogable de diez días, a fin de que pudieran hacer las alegaciones que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta.

e) En escrito presentado el 6 de septiembre de 2010, el Fiscal en el trámite de alegaciones pone de manifiesto que la providencia acordando el trámite de audiencia no cumple los requisitos exigidos, por lo que interesa que se complete la providencia en los términos solicitados, entendiéndose que con ello queda interrumpido el plazo conferido para evacuar el trámite. Por su parte, la funcionaria recurrente, en su escrito de fecha de 15 de septiembre de 2010, considera pertinente plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Por el contrario, la representación del Instituto Catalán de la Salud, en escrito presentado el 15 de septiembre de 2010, considera no pertinente el planteamiento de la misma.

f) Como consecuencia de las consideraciones realizadas en su escrito por el Fiscal se vuelve a dictar Auto de 30 de septiembre de 2010. En el citado Auto se acuerda dejar sin efecto la providencia dictada el 8 de julio del mismo año, y, en consecuencia, abrir de nuevo el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan alegar, en el plazo de diez días, «lo que consideren conveniente sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la posible inaplicación al caso de una norma autonómica con rango de ley», al entender que de considerar que el art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, del estatuto básico del empleado público, ha sido dictada por el Estado con carácter de básico y ha de ser prevalente, el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, habría devenido inconstitucional, no pudiendo ser aplicado.

g) En escrito presentado el 2 de noviembre de 2010, el Fiscal termina considerando que concurren los requisitos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 26 a) de la Ley 8/2006, de 5 de julio. Mediante escrito de 5 de noviembre de 2010 la funcionaria recurrente se ratifica en su decisión sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte, la representación del Instituto Catalán de la Salud se ratifica en el escrito presentado el 14 de septiembre de 2010, y, por ende, en su consideración de que no existen motivos para el planteamiento de la misma.

h) Finalmente, por Auto de 1 de diciembre de 2010 se decide plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad cuestionando el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, por la posible inconstitucionalidad sobrevenida de la citada Ley por su posible contradicción con el art. 48.1 h) LEEP.

3. El órgano judicial en su Auto de planteamiento expresa, expuesto de forma resumida, lo siguiente:

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea la cuestión de inconstitucionalidad del art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, por entender que puede contravenir el art. 48.1 h) LEEP.

El órgano judicial, tras haber llevado a cabo una relación de los hechos, comienza su exposición planteando la posibilidad de la existencia de una inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, al contradecir lo establecido en el art. 48.1 LEEP, dado que la primera norma solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, y la ley estatal lo reconoce en el caso de un menor hasta los doce. Tras lo cual pone de manifiesto que la duda de constitucionalidad que se plantea en la presente cuestión es «estrictamente jurídica» y que la misma consiste en determinar qué normativa era aplicable a la solicitud formulada por la actora en vía administrativa, dada su condición de personal estatutario, así como la incidencia que ha podido tener en tal solicitud no solo la Ley Orgánica 3/2007, sino la sucesión normativa operada tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, dado que si bien la solicitud se formuló cuando estaba en vigor la Ley Orgánica 3/2007, en el momento de la resolución ya estaba en vigor la Ley 7/2007. En definitiva, se trata de dilucidar si el art. 48.1 h) LEEP tiene carácter de básico y es aplicable también a los funcionarios de la Generalitat de Cataluña o, como propugna la Administración demandada, tiene carácter supletorio y, por lo tanto, solo es aplicable en defecto de normativa aplicable.

La duda sobre el carácter básico del precepto nace en el órgano judicial por cuanto el propio art. 48.1 h) LEEP no solo no especifica el carácter básico del mismo, pues no es un precepto que se declara como tal, sino que su redacción parece otorgarle un carácter supletorio al establecer que su aplicación en materia de permisos se entenderá «[e]n defecto de legislación aplicable». A su juicio, la dificultad interpretativa está en la utilización de los vocablos y expresiones que aparecen en el precepto: «determinarán», «[e]n defecto de legislación aplicable» y «al menos». Como consecuencia de la duda, el órgano judicial realiza en el Auto de planteamiento de la cuestión todo un proceso de indagación y razonamiento sobre su posible naturaleza —en el que se incluyen la referencia a los antecedentes parlamentarios, la jurisprudencia constitucional, la regulación estatutaria (con referencia a la STC 31/2010), y la evolución normativa en este punto en otras Comunidades Autónomas—, para terminar considerando que el citado artículo «puede tener carácter de básico», sin poder compartir el carácter supletorio que le otorga la Administración implicada. Advierte, con cita en apoyo de su postura de las SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12 y 188/1996, FFJJ 6 y 8, que el Tribunal Constitucional «ha considerado viciadas de incompetencia y, por ello, nulas, las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las

Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad (STC 147/1991, FJ 7)».

Para el órgano judicial la cuestión que se plantea no puede resolverse por vía interpretativa puesto que aunque no todos los preceptos de la Ley del estatuto básico del empleado público tienen carácter básico y si bien hay preceptos declarados básicos en la misma ley, ello no quiere decir que aquellos que no hayan sido calificados expresamente como básicos no puedan tener tal consideración. A su juicio lo importante es averiguar si el derecho subjetivo que se reconoce puede considerarse básico, tanto desde un punto de vista formal como material, es decir, indagar si la finalidad que ha perseguido el precepto, con mejor o peor fortuna en su redacción e inserción sistemática, ha sido la de garantizar el derecho a la reducción de la jornada a todo menor de doce años, bajo un criterio de igualdad, y con independencia de la Administración pública a la que se halle vinculada el funcionario o funcionaria que tiene la guarda legal de aquel, dejando eso sí la completa regulación del derecho a cada Administración con competencia normativa (como sucedería con el efecto retributivo que el disfrute de tal reducción ha de comportar, efecto que el precepto deja abierto). Para el Tribunal si bien es cierto que el artículo mencionado hace una referencia a que la previsión del derecho subjetivo se hace «en defecto de normativa autonómica», no lo es menos que también puede interpretarse en el sentido de que tal previsión ha de ser respetuosa con el mínimo que determina la Ley del estatuto básico del empleado público, ya sea la regulación existente en cada Comunidad Autónoma, o con una regulación anterior o posterior al mismo, sin que parezca que tal regulación pueda considerarse supletoria. Para el órgano judicial, o bien estamos ante un título de competencia exclusiva del Estado, en cuyo caso le corresponde a este legislar, o bien estamos ante competencia exclusiva de la Administración autonómica, como viene a sostener la Administración demandada, y el Estado ha de abstenerse (STC 61/1997, de 20 de marzo).

Añade que puede interpretarse la redacción del precepto en el sentido de que la Ley del estatuto básico del empleado público ha querido concretar como norma básica unos presupuestos mínimos («al menos») como la edad máxima del menor pero dejando a los demás efectos para que sean completados por cada Administración (afectación del régimen retributivo). Explica que incluso la expresión «al menos» puede permitir aceptar que el mínimo de edad sea mejorado por las Administraciones públicas. Y a su juicio no parece que en una cuestión de gran importancia social pueda haber funcionarios y funcionarias que, bien por razón del territorio bien por su dependencia funcional, carezcan de tal derecho por no existir regulación que conozca este derecho subjetivo, especialmente si se tiene en cuenta que tal protección viene también recogida en directivas comunitarias que cita en el Auto o en el art. 37.5 de la Ley del estatuto de los trabajadores, que lo reconoce, en su redacción actualmente vigente, hasta los ocho años.

Recuerda en este sentido que la finalidad de la legislación básica es garantizar un tratamiento uniforme en una determinada institución del régimen funcional en aquellos aspectos esenciales que han de respetar el mínimo común indisponible, y nos encontramos en este caso ante un beneficio o derecho social, y en un Estado social y democrático de Derecho que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE).

Así pues, entiende que se encuentra ante dos normas con rango de ley que ofrecen una colisión en su aplicación al caso, que al tratarse de normas postconstitucionales, la elección de una debe conllevar la inaplicación de la otra o viceversa. De no ser el precepto básico «ha de entrar en juego con toda su plenitud la normativa autonómica», en concreto el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio. Por el contrario, si el precepto de la Ley del estatuto básico del empleado público es básico, al existir una normativa autonómica propia al respecto (y previa), la prevalencia de esta frente a la primera solo podría acogerse de entenderse que es más favorable. Al respecto el órgano judicial manifiesta que no comparte la valoración de la norma más favorable que hace la Administración. En primer lugar, porque ella misma reconoce que no estamos comparando términos homogéneos. Y es así, a su juicio, porque no puede considerarse mejor la

normativa que limita la conciliación de la vida familiar a los seis años (aunque con una leve mejora retributiva) frente a la que lo amplía a los doce años (el doble de edad). Para el Tribunal la circunstancia de que se haya disfrutado de una reducción de jornada hasta los seis años, muy favorable en el momento en que se inició pero que al finalizar se encuentra con que existe otra más favorable en virtud de normativa estatal básica, es ajena a la voluntad de la funcionaria, por lo que lo cual ha de comportar la posibilidad de prorrogar —eso sí con las consecuencias retributivas que correspondan— la reducción de jornada por razones de guarda legal durante seis años más.

Por las razones expuestas, el órgano judicial decide plantear, al amparo de las SSTC 1/2003, de 19 de febrero y 162/2009, de 28 de junio, cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de cuya validez depende el fallo, por poder contravenir al art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el estatuto básico del empleado público.

4. Este Tribunal por providencia de 7 de junio de 2011 acordó, a propuesta de la Sección Primera, admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y deferir a la Sala Primera, a la que por turno objetivo le ha correspondido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) LOTC (en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el conocimiento de la misma, acordando dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, así como al Gobierno y Parlamento de Cataluña, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se acordó asimismo comunicar la presente resolución a la Sección Cuarta de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta que el Tribunal resuelva definitivamente esta cuestión. Igualmente, la citada providencia acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya».

Además por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 7 de junio de 2011, se manifiesta que de conformidad con lo establecido en el art. 37.2, en su nueva redacción, quienes sean parte en el procedimiento judicial, recurso de apelación núm. 331-2008, podrán personarse ante este Tribunal.

5. Por escrito de 21 de junio de 2011, el Presidente del Senado comunicó al Tribunal Constitucional la personación de dicha Cámara y el ofrecimiento de su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El día 22 de junio de 2011, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal Constitucional la personación de dicha Cámara y el ofrecimiento de su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Asimismo acordó su remisión a la Dirección de estudios, análisis y publicaciones y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

7. El 1 de julio de 2011 el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, registró su escrito de alegaciones interesando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad por los motivos que, sucintamente, se reseñan a continuación.

El representante del Gobierno comienza sus alegaciones haciendo referencia a la cuestión planteada en el presente proceso constitucional. Para el Abogado del Estado aun cuando el objeto de la cuestión en la providencia de admisión se plantea por la vulneración del «art. 26 a) de la Ley 8/2006, de 5 de julio, del Parlamento catalán ... en relación con el art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, por posible vulneración de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución», de lo que se trata, en realidad, es de una cuestión de conformidad entre norma estatal básica y ley autonómica, pues ni siquiera se citan los arts. 9.2 y 14 CE en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que la usual doctrina constitucional configura como hipótesis de inconstitucionalidad mediata o indirecta,

incluso cuando la norma estatal básica que sirve de medida de constitucionalidad sea posterior a la autonómica (norma básica sobrevenida), tal como demuestra la lectura de las SSTC 1/2003, de 16 de enero, FJ 9, y 162/2009, de 29 de junio, FFJJ 3 y 6. En definitiva, se trata de determinar si el precepto catalán era incompatible con el sobrevenido art. 48.1 h) LEEP, en relación con el cual el Auto de planteamiento de la cuestión cita el art. 149.1.18 CE.

Tras esta delimitación del objeto al que se circunscribe la presente cuestión de inconstitucionalidad, se manifiesta a favor de revitalizar la regla constitucional de prevalencia (art. 149.3 CE) para resolver este tipo de cuestiones de disconformidad entre norma estatal básica y ley autonómica, en la línea sugerida por el Voto particular de la STC 1/2003, reiterada recientemente por el Voto particular de la STC 66/2011, de 16 de mayo. Considera que los operadores naturales de la regla de la prevalencia han de ser los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, y la forma normal de resolver la colisión no puede ser otra que reconocer la prevalencia de la norma básica salvo que se dude de su constitucionalidad, caso en el que lo procedente sería plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Señalado esto, el Abogado del Estado precisa que tomando en cuenta el criterio consolidado en la doctrina constitucional (por todas, SSTC 87/2009, de 20 de abril, FJ 2; 162/2009, de 29 de junio, FJ 2; 8/2010, de 27 de abril, FJ 2; 88/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 2; y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 17), para apreciar inconstitucionalidad mediata por violación de una norma básica estatal se requiere «la concurrencia de dos circunstancias»: que «la norma estatal reúne la condición de básica y que, por lo tanto, ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias» y, «en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa».

Una vez hechas las precisiones sobre la delimitación del objeto, centra su argumentación en la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, en cuanto limita a los menores de seis años el permiso por guarda legal. Comienza sus alegaciones con la advertencia de que el Auto de planteamiento por su redacción «sugiere, en ocasiones, que la duda de la Sección versa no tanto sobre la constitucionalidad del art. 26 a) de la Ley 8/2006 cuanto sobre el carácter básico del art. 48.1 h)» de la Ley del estatuto básico del empleado público. Sin embargo, el carácter básico del art. 48.1 h) LEEP es, a su juicio, manifiesto. Por lo que le causa cierta sorpresa que el auto de planteamiento no se detenga en los más evidentes argumentos de texto de los que se desprende el carácter básico de ese precepto.

El Abogado del Estado acepta, al igual que todas las partes en el proceso *a quo* y la propia Sección proponente, que a la recurrente, incluida dentro del personal estatutario de un servicio autonómico de salud (el Instituto Catalán de la Salud), le es aplicable, en punto al llamado permiso o reducción de jornada por guarda, lo dispuesto para los funcionarios por los arts. 48.1 h) LEEP y 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio.

Respecto de la cuestión del carácter básico del art. 48.1 h) LEEP, afirma que aunque los artículos de la Ley del estatuto básico del empleado público ofrecen una variada gama tipológica en su relación con otras fuentes del Derecho, estatales y autonómicas, no menos cierto es que la Ley 7/2007 pretende reunir el Derecho básico del empleo público, y, dentro de él, el Derecho básico de funcionarios, como así lo revela la propia denominación: «estatuto básico», claramente inspirado en los arts. 103.3 y 149.1.18 CE; el tenor del art. 1.1 LEEP; así como el contenido de las disposiciones finales primera y segunda de la citada norma. A lo que suma lo expuesto en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 82, que «declara que el art. 136 b) del Estatuto catalán —que menciona “los derechos” de los funcionarios entre las submaterias de competencia compartida— “presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado en la materia (art. 149.1.18 CE)”, de manera que la letra a) del mismo art. 136 “cubre el régimen estatutario no básico”.»

Así pues, considera que no ofrece demasiadas dificultades concluir razonablemente que el giro «al menos» del art. 48.1 LEEP es la manera con la que el legislador del estatuto básico del empleado público ha querido determinar el mínimo básico en materia de permisos funcionariales, configurados como derecho individual de los empleados públicos (y dentro de ellos los funcionarios) por el art. 14 m) LEEP. Y que el mínimo básico no solo opera en defecto de norma autonómica que concrete «supuestos de concesión de los permisos a los funcionarios públicos» y sus «requisitos, efectos y duración», sino como núcleo garantizado susceptible de mejora por las diversas Administraciones públicas. A su juicio, si los permisos son un derecho de los funcionarios y los «derechos y deberes de los funcionarios» se incluyen en su estatuto [SSTC, por todas, 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c); 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8; y 1/2003, FJ 3)] es claro que el «al menos» del art. 48.1 LEEP solo puede tener este significado de «mínimo básico». Para el Abogado del Estado, en definitiva, no hay duda de que el art. 48.1 h) LEEP es norma formal y materialmente básica: formalmente, porque se incluye en una ley formal que declara su carácter básico (arts. 1.1 y 2.1 y disposiciones finales primera y segunda LEEP); y materialmente porque establece el mínimo básico en materia de permisos —incluido el de guarda— que las normas autonómicas pueden desarrollar. Al respecto hace referencia y reproduce un párrafo del fundamento jurídico 8 de la STC 294/2006, de 11 de octubre, por cuanto, aunque referida al personal al servicio de la Administración de justicia, confirma la idea de un mínimo básico en materia de permisos.

Es por lo expuesto por lo que el Abogado del Estado estima que existe una contradicción «interpretativamente irreductible e insalvable» entre la norma básica y el precepto legal catalán cuestionado en el punto controvertido en el recurso a quo, dado que el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 limita el permiso (reducción de jornada) por guarda legal a «hijo o hija menor de seis años», mientras que el art. 48.1 h) LEEP lo amplía al «menor de doce años».

Termina afirmando que «[c]on arreglo a la doctrina de las SSTC 1/2003, FJ 9, y 162/2009, FJ 6, los efectos de la inconstitucionalidad mediata sobrevenida del art. 26 a) de la Ley catalana 8/2006 —que se limitan a la palabra “seis”— deben desplegarse exclusivamente desde la fecha de entrada en vigor del LEEP».

8. El Letrado del Parlamento de Cataluña, en nombre y representación del mismo, formuló sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de julio de 2011 interesando la desestimación de la cuestión planteada por los motivos que se recogen a continuación.

Comienza su escrito con la realización de unas consideraciones previas sobre el contenido del Auto por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad y los argumentos en que se fundamenta. En primer lugar advierte sobre el incorrecto planteamiento de la cuestión, por la contradicción interna en la que incurre el propio Auto al formularla y, en definitiva, del carácter innecesario del procedimiento constitucional, dado que el carácter básico del art. 48.1 h) LEEP es «obvio y se desprende con claridad del propio estatuto básico del empleado público». Es un ejemplo de norma básica que cumple con los requisitos constitucional y estatutariamente exigidos para este tipo de norma, pero «abierta».

Para el Letrado, la cuestión real que suscita el Auto es la de poner en tela de juicio el mismo contenido del art. 48.1 h) LEEP en cuanto opción legislativa, en la medida que esta norma, aun siendo básica, tiene un contenido «abierto», al reconocer a las Comunidades Autónomas un espacio propio de desarrollo legislativo en relación con los permisos de sus funcionarios públicos, entre ellos, el de reducción de jornada por guarda legal de menor, con la pretensión de que el Tribunal Constitucional declare que es básico el contenido de una norma que ya tiene la condición formal de básica, porque entiende que la remisión que contiene al desarrollo legislativo autonómico es materia que también debería ser básica y no tener efectos meramente supletorios como los que determina claramente el apartado 1 del art. 48 LEEP. Lo cual entra en el terreno del juicio de oportunidad sobre la decisión adoptada por el legislador que debe ser preservado en cualquier caso pues no es su función la de examinar la oportunidad del criterio adoptado

por el legislador, ni su mayor o menor adecuación al fin perseguido, ni decir si es el mejor de los posibles que pueden aplicarse (SSTC 65/1982, de 10 de noviembre, y 148/1986, de 25 de noviembre, entre otras).

Entiende, en definitiva, que los argumentos esgrimidos por el Auto son forzados o claramente infundados y lo que ponen de relieve es que el verdadero trasfondo de la cuestión es la discrepancia sobre la forma en que el legislador estatal ha decidido ejercer en este caso la competencia básica que le atribuye el art. 149.1.18 CE. Y es que, a su juicio, «[d]ifícilmente puede encontrarse un marco legal tan claro y tan seguro que exprese la voluntad del legislador de dotar a una norma del carácter de básica». Así se deduce de lo expuesto en los arts. 1 y 2 LEEP, y si quedara alguna duda de la disposición final primera del citado texto. Considera, por tanto, que «la cuestión que suscita el Auto del TSJC no ataca el carácter ‘formal’ de norma básica que el artículo 48.1 h) tiene sin duda alguna, sino el carácter ‘abierto’ que presenta esta norma».

No considera objeto de discusión en este procedimiento constitucional que el Estado tiene limitada su competencia legislativa en el ámbito de la función pública autonómica, al menos en el aspecto concreto que aquí se analiza, al establecimiento de la legislación básica (entre otras las SSTC 54/1992, de 26 de julio, y 99/1987, de 11 de junio). Y pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional tiene una jurisprudencia amplia y consolidada sobre el modelo competencial «compartido» (bases-desarrollo), que arranca de la STC 32/1981, de 28 de julio, y en la que declara que esta tipología competencial supone el reconocimiento a favor de las Comunidades Autónomas de una competencia legislativa de desarrollo de las bases estatales. Escenario que describe el art. 111 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Advierte, al respecto, que el art. 111 EAC ha sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad por la STC 31/2010, de 28 de junio, pero esta declaración es solo parcial y no afecta a los aspectos concretos del precepto que se acaban de comentar. Por tanto, el régimen «ideal» en que debe concretarse la articulación de las competencias compartidas, es el que sitúa al legislador estatal en el plano regulador de lo esencial y principal de la materia en cuestión, lo que permite a las Comunidades Autónomas disponer de un espacio legislativo para establecer su propia política dentro de un marco común mínimo que garantiza la legislación básica. Y ello es precisamente lo que ha hecho el legislador estatal al aprobar el estatuto básico del empleado público, lo cual queda perfectamente recogida en la exposición de motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril cuando establece que el Estatuto básico del empleado público «debe tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas».

El art. 48.1 LEEP es, por tanto, una norma básica «especialmente abierta» que hace una remisión a favor del legislador autonómico y establece una regulación supletoria en defecto de normativa propia autonómica, cuya estructura misma no puede ser objeto de reproche jurídico por tres razones básicas. En primer lugar, porque una norma básica no debe ser necesariamente una norma «cerrada». En segundo lugar, porque no se trata en ningún caso de una remisión «en blanco». El art. 48 LEEP debe contemplarse en el contexto general de la ley y especialmente en relación con su art. 14, que reconoce los derechos individuales de los funcionarios, entre ellos los permisos a los que puede tener acceso (letra m). Y en tercer lugar, porque tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional reiteradamente (entre otras, las SSTC 69/1988, de 19 de abril, y 1/2003, de 16 de enero), la definición de lo básico es una operación de concreción normativa que corresponde realizar al legislador estatal, con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone y la existencia también de un margen espacial o de maniobra dentro del cual puede desarrollarse legítimamente y con diverso grado de intensidad esta función legislativa.

A su juicio, el legislador estatal ha optado por un modelo de corte descentralizado, pero sin renunciar en modo alguno al ejercicio de su competencia. Una comprensión del sistema, que es la misma que establece la Ley del estatuto básico del empleado público, se reconoce y explica en el «Informe de la Secretaria General para la Administración Pública sobre la aplicación del artículo 48 del estatuto básico del empleado público» del

Ministerio de Administraciones Públicas, de 13 de noviembre de 2007 (del que se adjunta copia).

Para el representante del Parlamento de Cataluña la expresión «al menos» debe situarse en el contexto global de la redacción del apartado y no puede llevar a otra conclusión que esa expresión está subordinada a la premisa inicial de que no exista legislación aplicable. Es por ello que considera que la única posibilidad de atribuir carácter básico «imperativo» a lo que es un contenido meramente supletorio de la Ley del estatuto básico del empleado público solo podría sustentarse en que ese contenido (el de las diversas letras del apartado 1 del art. 48) es «materialmente» básico, a pesar de que «formalmente» no se haya declarado como tal. Entiende que dicha posibilidad podría ampararse en la doctrina del Tribunal Constitucional establecida a partir de la STC 69/1988, de 19 de abril (compilada en la posterior STC 233/1999, de 13 de diciembre), en la que se matiza el criterio «material» de las bases inicialmente establecido a favor de su carácter «formal», esto es, de la obligación que el Estado, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, declare expresamente el carácter básico de la norma. Pero dicha posibilidad se admite solamente cuando la formalización de las bases por parte del Estado pueda ofrecer dudas sobre su alcance concreto y solo y cuando la norma que podría ser materialmente básica esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad. Y no es el caso pues la posibilidad de dar un valor de norma básica imperativa (y no meramente supletoria) a la letra h) del art. 48.1 LEEP, implicaría una modificación de una decisión legislativa estatal adoptada dentro del margen de maniobra que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador para ejercer esta función, sin que exista ningún elemento constitucionalmente relevante que lo justifique. A su juicio, los argumentos utilizados por el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no permiten en ningún caso atribuir a la letra h) del art. 48.1 LEEP el carácter de norma básica «imperativa».

No comparte el argumento del órgano judicial según el cual la interpretación del precepto no puede realizarse en clave supletoria ya que esa posibilidad estaría excluida por la jurisprudencia constitucional, citando al efecto la doctrina de las SSTC 147/1991; 118/1996 y 61/1997, pues el Auto olvida que esta doctrina constitucional censura la actuación estatal cuando su único propósito es crear derecho supletorio más allá de un título competencial material y en base exclusivamente en la cláusula de supletoriedad del derecho estatal del art. 149.1.3 CE. Y a su juicio este no es el caso que nos ocupa por dos razones. En primer lugar, porque la supletoriedad de las letras del apartado 1 del art. 48 LEEP no responde a esa naturaleza, ya que se integra claramente como un elemento vinculado al mismo contenido de la competencia básica del art. 149.1.18 CE y, en definitiva, actúa con la finalidad de precisar el alcance de lo que es básico y lo que no lo es. Y en segundo lugar, porque la Ley del estatuto básico del empleado público es una norma que también se aplica a la Administración General del Estado (art. 2), siendo por tanto las letras del art. 48.1 de directa aplicación a esa Administración. Entiende, por tanto, que es evidente que no nos encontramos ante un caso de ejercicio competencial con el único propósito de generar derecho supletorio al que sea aplicable la doctrina constitucional mencionada.

Tampoco participa del argumento que utiliza el Auto sobre los antecedentes parlamentarios de la elaboración de la Ley del estatuto básico del empleado público. Ni del test que realiza el Auto por dos razones. En primer lugar, porque esa Ley es norma posterior a la mencionada ley orgánica. Y en segundo lugar, porque la posible comparación no tiene valor alguno en la medida que la norma no tenía tampoco la condición de básica. Por tanto, ni siquiera puede decirse que la Ley del estatuto básico del empleado público haya significado un retroceso y un cambio en la legislación básica. Tampoco tienen relevancia, a su juicio, las diversas leyes y disposiciones autonómicas anteriores o posteriores a la Ley 7/2007 mencionadas en el Auto, en las que se reconoce el derecho al permiso de reducción de jornada por guarda legal hasta los doce años, en comparación con los seis que establece el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, porque de lo que se trata es de saber si esa decisión corresponde o no al legislador

autonómico según la norma básica, y el art. 48.1 LEEP así lo establece y ello supone que no hay incompatibilidad alguna con la ley catalana, por lo que valorar si en Cataluña debe existir o no un cambio normativo en el sentido que han experimentado otras Comunidades Autónomas es un tema de oportunidad política, que no puede utilizarse en el debate estrictamente jurídico que en una cuestión de inconstitucionalidad corresponde hacer.

Finalmente, y sobre el último argumento que se desarrolla en el Auto referente a la igualdad de derechos de todos los funcionarios, como presunta premisa que debería servir para atribuir a la letra h) del art. 48.1 LEEP la condición de norma básica, el Letrado del Parlamento entiende que evidencia un concepto uniformista de la función pública y de su normativa que no puede ser aceptado cuando nos encontramos ante una competencia compartida y la necesidad de respetar un ámbito propio de autoorganización, que necesariamente plantea un escenario de diversidad o, al menos, de potencial diversidad en el tratamiento normativo de la función pública. Al respecto recuerda, por un lado, que el derecho a los permisos de los funcionarios se reconoce como derecho individual básico en los arts. 14 y 48.1 LEEP, sin perjuicio que sus condiciones concretas de ejercicio puedan establecerlas las Comunidades Autónomas de acuerdo con su competencia legislativa; por otro, que la jurisprudencia constitucional ha admitido con naturalidad ese margen de cooperación normativa en materia de función pública (SSTC 54/1982, de 18 de agosto, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras); y por último, en relación concretamente con el principio de igualdad, alude a la doctrina contenida en la STC 40/1989 que considera como parámetros legítimos de diferenciación la existencia de colectivos funcionariales distintos y su sometimiento a una ley de origen también distinto (Cortes Generales o Asambleas autonómicas), así como la de la STC 148/1986, de 25 de noviembre, cuando declara que el juicio de igualdad solo tiene sentido para evitar discriminaciones que carecen de todo basamento objetivo pero no en la determinación de cuales sean las opciones «mejores» o «más adecuadas» que pudiera haber acogido el legislador. Para el representante del Parlamento, es evidente que en el presente caso existen elementos objetivos que permiten esa posible diferenciación, dándose además la circunstancia que el mismo legislador estatal ha querido reconocer expresamente a las Comunidades Autónomas ese margen de maniobra.

9. Mediante escrito registrado el día 7 de julio de 2011, la Abogada de la Generalitat de Cataluña, en representación de su Gobierno, formuló su escrito de alegaciones en el que, resumidamente, expone lo siguiente:

La representante de la Generalitat comienza su escrito con una referencia de los hechos a la que sigue un apartado sobre la delimitación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que queda circunscrita a la supuesta contradicción entre el art. 48 h) LEEP y el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, dado el carácter básico del primero de los preceptos mencionados. Tras lo cual dedica un apartado al encuadramiento competencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

La Abogada de la Generalitat expone que la regulación del permiso para la reducción de jornada, así como el resto de los derechos de los funcionarios, se incardina dentro de la materia «régimen estatutario de los funcionarios públicos», que las normas ordenadoras de este régimen estatutario han de ser establecidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 103.3 CE, mediante normas con rango de ley (STC 37/2002, de 14 de febrero y STC 99/87, de 11 de junio), y que a tenor del art. 149.1.18 CE, le corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Recuerda, también, que, de conformidad con lo establecido en el apartado b) del art. 136 EAC, corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores de la ocupación pública, sobre la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, los deberes y las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Y es que, para la representante del Gobierno catalán, la competencia de legislar por parte de las Comunidades Autónomas comporta necesariamente la libertad de configuración de unos determinados ámbitos; el hecho que

esta libertad esté condicionada por las bases no impide caracterizarla como tal. Al respecto transcribe un fragmento de la STC 172/1996, con cita también de la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 13.

Posteriormente, y tras la descripción del contexto normativo en que se insertan la Ley 7/2007, del estatuto básico del empleado público y la Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas —Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE; Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—, la Abogada de la Generalitat extrae las siguientes conclusiones. En primer lugar, la voluntad de las Directivas europeas es la de que los Estados reconozcan en todo caso y por ley el derecho a obtener un permiso de reducción de jornada, pero solo imponen que su duración sea de entre tres meses y ocho años, es decir otorgan un amplio margen de configuración a los Estados para regular este permiso. En segundo lugar, las regulaciones de estos permisos, si bien son todas respetuosas con la norma europea, no son homogéneas en cuanto a su duración; así, la propia Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al incorporar al ordenamiento español el mandato europeo, otorga la posibilidad de conceder este permiso a los funcionarios públicos hasta que el hijo tenga doce años y, en cambio, a los trabajadores por cuenta ajena hasta que el hijo tenga ocho años. Previamente en el tiempo y en la esfera de sus competencias, el legislador catalán ha considerado que el permiso se puede otorgar hasta que el hijo tenga seis años. En tercer lugar, la regulación de este permiso según la Ley Orgánica 3/2007, publicada en el «BOE» el mes anterior a la publicación de la Ley del estatuto básico del empleado público, no tiene carácter básico y solo se aplica a los funcionarios de la Administración del Estado.

También llega la conclusión de que en Cataluña la regulación aplicable es la aludida Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio que en el art. 26 a) regula el permiso de reducción de jornada para la guarda de un hijo menor, en aplicación de la jurisprudencia constitucional y dada la estructura y contenido de la citada ley. Para la representante de la Generalitat, el art. 48 contiene una regulación de los permisos propia de la Administración del Estado, es decir, la regulación que contiene este artículo de los permisos cumple el objetivo de regular la función pública de la Administración del Estado. Una interpretación coherente, a su juicio, con la calificación de la disposición final primera, apartado 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que califica la modificación del art. 30.1 g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública como precepto de aplicación a la Administración del Estado y la propia estructura de la norma. Considera, además, que no tiene lógica que teniendo idéntica regulación el permiso para la guarda de un hijo menor según la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 3/2007 y según el art. 48.1 h) LEEP, en menos de un mes el legislador estatal califique expresamente la primera norma de las citadas de aplicación a la Administración del Estado, y respecto a la segunda la califique de forma indirecta de carácter básico y en consecuencia de aplicación a todas las Comunidades Autónomas. Para la Abogada de la Generalitat, tampoco desde el punto de vista de la lógica de la realidad tiene mucho sentido considerar que la regulación del art. 48.1 h) LEEP constituye un mínimo indisponible que puede ser superado por las Comunidades Autónomas, por cuanto a partir de los doce años se entra en la pubertad que, según la Real Academia Española, es la primera fase de la adolescencia en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta.

Es más, añade que la Administración del Estado reconoce expresamente que el art. 48.1 h) LEEP no tiene naturaleza básica y así lo ha resuelto al responder a numerosas consultas que se le han formulado. Al respecto transcribe determinados pasajes del informe-resumen elaborado por el Ministerio de Administraciones públicas sobre la Ley del estatuto básico del empleado público, del que, a su juicio, se

desprende que el legislador básico ha respetado la competencia de autoorganización de las Administraciones públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen jurídico de la función pública, como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1987; no así, en cambio, respecto de otra serie de permisos, los cuales de acuerdo con su tenor literal sí que tienen naturaleza básica o mínimo indisponible por las Comunidades Autónomas (art. 49 LEEP).

Por lo expuesto, la Abogada de la Generalitat entiende que el art. 48.1 h) LEEP no tiene carácter básico y, en consecuencia, no desplaza el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña, sino que cumple el objetivo de regular este permiso en el ámbito de la Administración pública del Estado. No obstante, reconoce que la literalidad del precepto induce a una cierta confusión: por ello, y para el supuesto de que se entendiera que el art. 48.1 LEEP tiene naturaleza básica, considera que su alcance quedaría limitado a la previsión del propio permiso, y su regulación detallada correspondería a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases en esta materia. Así pues, es el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 el que regula el permiso de reducción de jornada laboral para la guarda de un hijo menor en Cataluña.

Por último, señala que no es posible invocar la posible vulneración de los arts. 14 y 9.2 CE, ya que el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tenga que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12 y STC 37/197, de 26 de marzo, FJ 10). Es por ello que, a su juicio, son indiferentes las regulaciones de este permiso que han llevado a cabo el resto de las Comunidades Autónomas. El Parlamento catalán ha articulado también su política en relación con este permiso, por la que si bien limita la posibilidad de otorgarlo hasta los seis años, al propio tiempo prevé una remuneración superior a la que resultaría de aplicar la reducción proporcional entre sueldo y tiempo, cuya finalidad es garantizar la guarda del menor sin que se menoscabe la promoción profesional de los funcionarios, que es uno de los criterios de actuación del que art. 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres impone a las Administraciones públicas en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

10. Por escrito presentado ante este Tribunal con fecha de 7 de julio de 2011, el Instituto Catalán de la Salud, suplicó su personación en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Por diligencia de ordenación de 11 de julio de 2011 se acuerda tener al referido Instituto por personado y parte, y, conforme establece el art. 37.2 LOTC, concederle un plazo de quince días para que formule las alegaciones que estime convenientes.

El Instituto Catalán de la Salud, por escrito presentado ante este Tribunal con fecha de 27 de julio de 2011, formuló las siguientes alegaciones y solicitó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad:

El escrito de alegaciones comienza advirtiendo de que, si bien la cuestión de inconstitucionalidad admitida a trámite por este Tribunal se plantea por la posible vulneración de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución por el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, los fundamentos jurídicos expuestos en el Auto de 1 de

diciembre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia, se circunscriben a la determinación del carácter básico o no del art. 48.1 h) LEEP, lo cual, supondría, en su caso, la vulneración del art. 149.1.18 CE. Es decir, la posible vulneración sobrevenida del orden constitucional de distribución de competencias por invadir dicho precepto la que al Estado corresponde sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, sin que en el planteamiento de dicha cuestión de inconstitucionalidad se determine exactamente en qué medida el mencionado art. 26 a) vulneraría los artículos 9.2 y 14 CE, más allá de la diferencia que entre los funcionarios de la distintas Administraciones públicas supone la existencia de diferentes regímenes.

Hecha la anterior advertencia, el Instituto catalán de la salud afirma que el art. 26 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 no vulnera ni el derecho fundamental a la igualdad (art. 9.2 CE) ni el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), pues las divergencias entre los funcionarios públicos que prestan servicios en las diferentes Administraciones públicas en materia de permisos no son *per se* motivo suficiente para determinar la concurrencia de una vulneración del principio de igualdad, del mismo modo que existen otras muchas diferencias entre dichos regímenes, como el caso de las retribuciones complementarias, situaciones administrativas, etc., y se corresponden con el desarrollo legislativo de las políticas propias de las diferentes Comunidades Autónomas, y forman parte de la esencia misma del Estado de las autonomías. Añade que es el propio legislador estatal, en la exposición de motivos de la Ley del estatuto básico del empleado público (párrafo 8), el que así lo señala.

Considera que la regulación del permiso en liza, que proviene de la transposición de las Directivas comunitarias, tiene como finalidad garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, y no entre los menores de edad, puesto que de lo contrario estaríamos ante una discriminación legal por el hecho que el menor sea hijo de un trabajador sujeto al estatuto de los trabajadores (en el cual se recoge el permiso hasta los ocho años de edad) o hijo de un funcionario público, y no como se desprende del Auto de planteamiento, de dar una protección especial a los menores de doce años con independencia de su lugar de residencia. Y en el presente caso tanto el legislador estatal, al fijar el contenido del art. 48.1 LEEP, como el legislador catalán al fijar las condiciones de goce de este permiso, estiman razonablemente y en conjunto que esta legislación es suficiente para lograr este objetivo. En el caso concreto del permiso de reducción de jornada laboral para el cuidado de un hijo menor, el Parlamento de Cataluña ha articulado también su política, por la que si bien limita la posibilidad de otorgarlo hasta los seis años, al propio tiempo prevé una remuneración superior a la que resultaría de aplicar la reducción proporcional entre sueldo y tiempo. Con ello, a su juicio, se garantiza la guarda del menor sin que se menoscabe la promoción profesional de los funcionarios, que es uno de los criterios de actuación que el art. 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres impone a las Administraciones públicas en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

A continuación afirma que el art. 48.1 h) LEEP no es meramente supletorio. En el Auto de 1 de diciembre de 2010 se afirma que el Tribunal no puede compartir el carácter supletorio de la Ley del estatuto básico del empleado público que defiende esta Administración, por diversas razones, entre las que destaca la interdicción de utilización de la cláusula de supletoriedad como título competencial para producir normas jurídicas meramente supletorias. Sin embargo, para el Instituto Catalán de la Salud, este argumento no es aplicable al presente caso ya que debe tenerse en cuenta que la materia de función pública presenta una peculiaridad importante respecto a otras materias en las que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen competencias compartidas, como es la existencia de funcionarios propios del Estado y de sus organismos dependientes, a los que se aplicará directamente la normativa dictada por el legislador estatal, y respecto a los cuales el desarrollo legislativo estatal debe ser completo.

Si bien es cierto que quizás la técnica legislativa utilizada en la redacción del art. 48.1 LEEP no sea la más deseable, lo cierto es que el legislador estatal ha regulado de forma

íntegra y completa una serie de permisos, en concreto once permisos, con la clara voluntad de establecer una regulación completa para sus propios funcionarios, que además se aplicará directamente a aquellas Comunidades Autónomas que no hayan dictado las correspondientes normas de función pública; así Andalucía (Ley 6/1985, de 28 de noviembre), Castilla-La Mancha (Ley 3/1988, de 13 de diciembre) y Aragón (Decreto legislativo 1/1991, de 19 de febrero) han optado por no incluir en su legislación un régimen propio de licencias y permisos, decantándose por una remisión a la aplicación supletoria de la legislación estatal en materia de función pública. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (que es el único Tribunal Superior de Justicia que, hasta la fecha y según el conocimiento del Instituto, se ha pronunciado sobre esta cuestión) en Sentencias de 9, 16 y 17 de marzo de 2009.

Para el Instituto Catalán de la Salud, el permiso para el cuidado de un hijo menor nunca ha tenido carácter básico, ni la Ley del estatuto básico del empleado público ha modificado su naturaleza. El legislador estatal ha configurado el permiso contenido en el art. 48.1 h) LEEP, al igual que el resto de permisos recogidos en el art. 48.1 LEEP, como regulación no básica, dejando a los legisladores autonómicos la regulación de sus efectos y duración, respetando así la distribución de competencias existentes en esta materia. Y a dicha conclusión se llega por los siguientes motivos. En primer lugar, de la redacción del precepto se extrae claramente que el régimen contenido del art. 48.1 LEEP no tiene carácter básico, y que la voluntad del legislador estatal ha sido dejar en manos de los legisladores autonómicos la regulación de los efectos y duración de los once permisos recogidos en este apartado. La interpretación contraria de dicho precepto, vaciaría de sentido la previsión contenida en el mismo. En segundo lugar, el art. 49 del mismo cuerpo legal recoge cuatro permisos respecto a los cuales el legislador estatal dispone: «En todo caso se conceden los permisos siguientes con las correspondientes condiciones mínimas...». A su juicio, es evidente la voluntad del legislador de distinguir entre unos y otros permisos. Los del art. 49 LEEP tienen carácter de Derecho mínimo mientras que la regulación contenida al art. 48.1 tiene carácter subsidiario: únicamente se aplicará en defecto de legislación aplicable. Entiende que considerar que a pesar de esta importante diferencia sintáctica y sistemática, ambos preceptos son básicos y contienen una regulación de mínimos, equivaldría a dejar sin sentido la existencia de estos dos preceptos diferenciados, y más cuando el art. 49 lleva por rúbrica «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género», y por tanto, la reducción para el cuidado de un hijo, podría estar perfectamente incluida en el mismo. Argumenta que lo anterior no es sino reiteración de la postura claramente establecida por el legislador en materia de permisos del personal estatuario de los servicios de salud, a los cuales les es de aplicación en su integridad, como legislación básica, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatuario de los servicios de salud, cuyo art. 60.4 contiene una remisión expresa a la legislación autonómica. En tercer lugar, la voluntad del legislador estatal de configurar este permiso como legislación no básica fue plasmada por el propio legislador un mes antes de la promulgación de la Ley del estatuto básico del empleado público ya que es difícil llegar a la conclusión que un permiso que ha sido calificado expresamente por el legislador estatal desde el año 1984 hasta el día 16 de mayo de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2007) como no básico, y que incluso un mes antes de la aprobación de la Ley del estatuto básico del empleado público las Cortes Generales calificaron expresamente como no básico, ha sido convertido por esas mismas Cortes Generales en precepto básico, y además se haya hecho de un modo totalmente tangencial, de forma dudosa y casi de forma accidental.

El Instituto Catalán de la Salud señala que hasta la promulgación de la Ley del estatuto básico del empleado público cada Comunidades Autónomas regulaba de forma distinta esta reducción de jornada para la guarda de un hijo, sin que en ningún caso se considerase que esta divergencia de regímenes vulnerara el principio constitucional de igualdad. Y a lo anterior añade que el propio Ministerio de Administraciones Públicas ha declarado expresamente la supletoriedad del art. 48.1 LEEP en aquellas Comunidades

Autónomas en que existiera regulación previa sobre esta materia en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2007.

Para el citado Instituto es indudable el carácter no básico de los permisos contenidos en el art. 48.1 LEEP. Y ello porque literalmente no existe duda de la voluntad del legislador y porque esta condición supone respetar el carácter no básico que ha tenido este permiso en las sucesivas modificaciones legislativas. En cualquier caso entiende, que tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, la determinación de la legislación básica corresponde única y exclusivamente al legislador estatal, puesto que se trata de una cuestión de oportunidad política, estando vedado al Tribunal Constitucional ampliar el alcance y contenido de lo definido inicialmente como básico por el legislador. Al respecto, recuerda que la completa libertad de la que goza el legislador de lo básico para establecer con carácter general las bases de una determinada materia y los límites de la función de control que corresponde al Tribunal Constitucional en su revisión (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; y 141/1993, de 22 de abril, FJ 3).

Por tanto, no siendo básico el mencionado precepto y existiendo una regulación en Cataluña dictada dentro del ámbito de sus competencias, entiende que el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006 es el que regula el permiso de reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor en Cataluña, y solicita se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la cuestión de inconstitucionalidad planteada y se declare su constitucionalidad.

11. Mediante escrito registrado el día 27 de julio de 2011, el Fiscal General del Estado presentó las alegaciones que se resumen a continuación.

En primer lugar, considera que se cumplen los presupuestos procesales que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, deben ser observados. En cuanto al fondo, advierte que nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida (con cita de la STC 162/2009, FJ 2), pues el precepto autonómico cuando fue promulgado era coincidente con la norma estatal y que la discrepancia entre el precepto legal estatal y la norma autonómica no alcanza a todo su contenido, ya que ambos preceptos reconocen el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un hijo menor de edad. Es más, añade, la causa que ha llevado al órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad es la diferencia existente entre los preceptos en cuanto a la edad del menor para poder disfrutar del derecho, doce años para la norma estatal y seis años para la autonómica.

El Fiscal General del Estado considera que la Ley del estatuto básico del empleado público se enmarca dentro del título competencial que habilita al Estado a legislar sobre el régimen estatutario básico de los funcionarios públicos, al amparo de la competencia que le concede el art. 148.1.18 CE. Y ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 136 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, que atribuye el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas, a la competencia exclusiva de la Generalitat, sin perjuicio de la competencia compartida sobre determinadas cuestiones del régimen estatutario de los funcionarios públicos y para el desarrollo legislativo de lo básico, en la interpretación que hace del mismo la STC 31/2010, FJ 82.

El Fiscal General del Estado afirma que la norma legal estatal respeta la doble dimensión formal y material del concepto de «bases». La norma es un precepto con rango de ley formal aprobada por las Cortes Generales y, aunque existe una declaración genérica de su carácter básico por el legislador, es claro que es al Estado al que le corresponde definir con carácter general los mínimos sobre los requisitos para el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de edad sobre el que el funcionario ostenta la guarda legal, por cuanto, también, puede ser considerado como un derecho de los menores de doce años, y, además, se integra en un texto legal, el estatuto básico del empleado público, que recoge el régimen estatutario de los mismos. En cuanto a la dimensión material, comparte los argumentos del órgano judicial sobre la naturaleza básica del precepto ya que incide sobre el tratamiento uniforme en una determinada institución del régimen funcional, como son los derechos que les corresponden a los funcionarios públicos, en concreto el derecho a la reducción de la

jornada para el cuidado de menores sometidos a la guarda legal, por lo que regula un aspecto esencial de la conciliación de la vida familiar y profesional del funcionario público facilitando la misma al ampliar, para el disfrute del derecho, la edad del menor hasta los doce años permitiendo así mejorar la atención y cuidado de los menores por aquellos que ostentan su guarda legal y contribuyendo a un mejor desarrollo y protección de la infancia habida cuenta de la finalidad del derecho, asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, garantizar el derecho a la reducción de la jornada a todo menor de doce años, bajo un criterio de igualdad, y con independencia de la Administración pública a la que se halle vinculado el funcionario o funcionaria que tiene la guarda legal de aquel, evitar la discriminación que pueda haber entre funcionarios y funcionarias que por razón del territorio o de su dependencia funcional.

Para el Fiscal General del Estado, el Estado procura así un tratamiento uniforme mínimo con las finalidades dichas para todos los funcionarios públicos, con independencia de su adscripción funcional a una u otra Administración pública, estatal o cualquiera de las Comunidades Autónomas, de manera que se asegura un mínimo común denominador del derecho para todo el territorio estatal, se garantiza el interés general representado por la conciliación de la vida familiar y laboral y se aspira a corregir las desigualdades entre el hombre y la mujer que aún persisten en el ámbito laboral y se da certidumbre normativa a la materia. El que el legislador haya optado por establecer el límite de la edad del menor en los doce años para poder ejercer el derecho a la reducción de la jornada por los empleados públicos para el cuidado de los menores de dicha edad sobre los que tienen asignada su guarda legal no puede reputarse como una decisión que exceda del contenido normativo común al que se refiere el art. 149.1.18 CE. Además, dicha regulación de la edad del menor en nada afecta a la posible legislación de desarrollo autonómica que, en todo caso, siempre puede elevar el tope de edad del menor para el disfrute del derecho a la reducción de jornada para el personal funcional dependiente de la administración pública de la Generalitat de Cataluña.

Una vez afirmado el carácter básico del precepto legal estatal, el Fiscal General del Estado entiende que nos hallamos pues ante una «discrepancia clara» sin que dicha discrepancia pueda ser resuelta por vía interpretativa.

También se pronuncia el Fiscal General del Estado sobre si la redacción del precepto legal autonómico como consecuencia de la promulgación de la Ley del estatuto básico del empleado público desconocería el principio de igualdad del art. 14 CE y el mandato del art. 9.2 CE de promover por los poderes públicos la igualdad de los individuos. Advierte, no obstante, que a dichas vulneraciones se refiere la providencia de este Alto Tribunal de fecha 7 de junio de 2011 por la que se admite a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, pero no el órgano judicial en su Auto de planteamiento.

Considera al respecto que un supuesto en el que para un mismo derecho los presupuestos para su reconocimiento difieren en lo que se refiere a la edad del menor, por cuanto que el sujeto titular del derecho es el funcionario público, su objetivo es la disminución de la jornada de trabajo, la causa el cuidado de un menor de edad sobre el que se ostenta la guarda legal, si bien y dejando al lado otras cuestiones sobre el alcance de la reducción de las remuneraciones salariales, el tiempo legalmente establecido para su disfrute se establece por la norma legal estatal en doce años y el del precepto autonómico en seis años lo que supone una restricción temporal del derecho en el ámbito autonómico catalán con unas consecuencias jurídicas no prevista en la norma básica estatal sobrevenida. Y no comparte la alegación de la Comunidad Autónoma de Cataluña de que la norma catalana es más favorable que la de la Ley del estatuto básico del empleado público, porque no estamos comparando términos homogéneos, pues no puede considerarse mejor la normativa que limita la conciliación de la vida familiar a los seis años (aunque con una leve mejora retributiva) frente a la que lo amplía a los doce años (el doble de la edad).

Tras un repaso de la evolución legislativa señalada, el Fiscal General del Estado considera que se puede afirmar que el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de doce años por razón de la guarda legal se configura como una

facultad individual del trabajador o del funcionario dentro del derecho a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral con la finalidad de facilitar la mencionada conciliación y la corresponsabilidad en la «atención a la familia», es una parte más de los permisos parentales. El establecimiento y configuración del derecho por el legislador estatal responde a la vinculación de la norma con las garantías tendentes a conciliar la vida familiar y laboral, corrección de las desigualdades en las relaciones laborales, prohibición de discriminación por la asunción de obligaciones familiares, promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de obligaciones familiares, promover la igualdad de oportunidades y de trato, y contribuir, así, al logro de la igualdad entre hombres y mujeres, el mantenimiento de la presencia continua en el mercado laboral de los empleados públicos con hijos, protegiendo contra el abandono de la actividad laboral; en consecuencia, es una protección para evitar la disolución del vínculo laboral del empleado público con la Administración, y responde a un criterio de actuación de las políticas de los poderes públicos tendentes a la protección de la familia, de los hijos menores (art. 39 CE), y a remover los obstáculos que se derivan de la conciliación entre la vida familiar y laboral (art. 9.2 CE), procurando la igualdad y desterrando cualquier tipo de discriminación que la atención a las responsabilidades del cuidado de menores de edad sobre los que se ostenta la guarda legal promoviendo, así, la igualdad (art. 14 CE). Al respecto se cita la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, que sustituye a la mencionada Directiva 96/34/CE, que regula el permiso parental como derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, para poder cuidar a un hijo hasta una edad determinada. También se hace referencia a la STC 203/2000, FJ 4. Y respecto del principio de igualdad y la discriminación indirecta sobre la que hace un extenso alegato, la STC 253/2004, FJ 5 y las directivas europeas en ella mencionadas. También la STC 26/2011, FJ 5, en relación con la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), y su prevalencia para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto.

Para el Fiscal General del Estado, limitar a la mitad la edad del menor para el disfrute del derecho por sus titulares supone una diferencia de trato para los empleados públicos de la Administración pública de la Generalitat frente a los empleados públicos del Estado o de otras Comunidades Autónomas que hayan establecido la edad del menor en doce años. Diferencia no justificada y que conduce en la práctica a una desventaja en el campo laboral para la mujer como revelan las estadísticas, lo que genera una discriminación para las empleadas públicas dependientes funcionalmente de la Generalitat catalana frente al resto del Estado, por lo que la norma legal catalana vulneraría el derecho a la igualdad del art. 14 CE. Situación que podría haberse visto corregida de conformidad con el art. 136 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, y al no hacerlo impide la igualdad entre todos los funcionarios públicos del Estado en cuanto a sus derechos estatutarios y desconoce el mandato constitucional y la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por todo lo expuesto, el Fiscal General del Estado entiende que procede declarar la nulidad de la expresión «seis años» del apartado a) del art. 26 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, por su contradicción con el art. 48.1 h) LEEP, y por vulneración de los arts. 14 y 149.1.18 CE.

12. Por providencia de 25 de octubre de 2012 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Por Auto de 1 de diciembre de 2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de

Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas.

El órgano judicial promotor de la cuestión considera que la previsión normativa contenida en el art. 26 a) de la citada Ley puede contradecir lo dispuesto en el art. 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el estatuto básico del empleado público (en adelante, LEEP) tras su promulgación, y, a su través, las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.18 CE, que otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica en materia de régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas, dado que la primera norma solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, y la ley estatal lo reconoce en el caso de un menor hasta los doce. En este sentido debe entenderse la providencia de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad de este Tribunal de 7 de junio de 2011, como así lo han considerado también las partes.

El art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, establece lo siguiente:

«Las personas a las que se aplica la presente ley pueden disfrutar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con las percepciones del 80 100% o del 60 de la retribución, respectivamente, en los siguientes supuestos:

a) Para cuidar de un hijo o una hija menor de seis años, siempre que tenga su guarda legal.»

A su vez, el art. 48.1 h) LEEP dispone lo siguiente:

«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:

[...]

h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.»

Como se ha puesto de manifiesto de manera más exhaustiva en los antecedentes, el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado consideran que existe contradicción entre la norma básica y el precepto legal catalán cuestionado al limitar el permiso de reducción de jornada por guarda legal establecido en el art. 48.1 h) LEEP por lo que solicitan la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Por el contrario, el Letrado del Parlamento catalán, la Abogada de la Generalitat y el representante del Instituto catalán de la salud, suplican la desestimación de la misma si bien por razones diferentes. Para el primero, el art. 48.1 h) LEEP es norma «básica» y, a la vez, «abierta» que establece una regulación supletoria para el caso de que no exista ley autonómica, por lo que no existe contradicción entre lo que establece el art. 48.1 h) LEEP y el artículo impugnado. Por su parte, la representante de la Generalitat, pese a reconocer la confusión a la que puede incidir la literalidad del precepto, considera, al igual que el del Instituto catalán de la salud, que el art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, es el que regula el permiso de reducción de jornada laboral para la guarda de un hijo menor en Cataluña sin que quede desplazado por el art. 48.1 h) LEEP.

2. Antes de entrar en el análisis de las dudas que ha suscitado el precepto cuestionado, hemos de señalar que el art. 48.1 h) LEEP, ha sido modificado recientemente por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad. No obstante, ha de advertirse que la doctrina del *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un

posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia (por todas, STC 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y las allí citadas), no resulta aplicable, como ha precisado este Tribunal, a las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 4/2011, de 14 de febrero, FJ 3; 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y 86/2012, de 18 de abril, FJ 3).

Pues bien, en orden a lo expuesto se debe valorar la tacha de inconstitucionalidad que se imputa al precepto cuestionado de acuerdo con la norma vigente en el momento en que fue planteada la cuestión en el proceso *a quo*, lo que conduce a tomar en consideración lo establecido en el art. 48.1 h) LEEP aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril.

3. El órgano judicial plantea a través de la presente cuestión de inconstitucionalidad un supuesto de lo que hemos denominado inconstitucionalidad mediata o indirecta, por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales, y además de forma sobrevenida, por cuanto la normativa estatal aplicable (la Ley del estatuto básico del empleado público) se aprueba con posterioridad a la regulación autonómica impugnada.

Como se detalla en los antecedentes de esta Sentencia, tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado entienden que el art. 48.1 h) LEEP tiene carácter, tanto formal como materialmente, de básico. También lo defiende el Letrado del Parlamento catalán si bien puntualiza que se trata de una norma básica «abierta». No comparte dicha naturaleza ni la Abogada de la Generalitat ni el representante del Instituto Catalán de la Salud, para los que las condiciones en esta clase de permisos nunca han tenido dicha consideración.

En los supuestos de incompatibilidad mediata siempre ha resultado «obligado comenzar por precisar que, si la impugnación de la norma autonómica se realiza por contradecir la norma básica estatal, el éxito de la impugnación requerirá, de un lado, la constatación de que en efecto la norma estatal reúne la condición de básica y que, por lo tanto, ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias. De otra parte, habrá de verificarse si existe una verdadera y real contradicción entre la norma impugnada y la norma estatal básica que no pueda ser salvada con una interpretación de la norma cuestionada conforme con la Constitución (STC 4/1981, de 2 de febrero), toda vez que el principio de conservación de la ley (SSTC 63/1982, de 20 de octubre, y 16/1998, de 26 de enero) habilita a este Tribunal para concluir que, de esa manera interpretada, la norma impugnada no sería contraria al orden constitucional de competencias (STC 38/2004, de 11 de marzo)» (SSTC 31/2006, de 1 de febrero, FJ 2; y 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 2).

Sin embargo, como hemos señalado en la reciente STC 181/2012, de 15 de octubre, FJ 3, en la que abordamos una cuestión de inconstitucionalidad idéntica promovida por el mismo órgano judicial y sobre el mismo precepto legal (cuestión de inconstitucionalidad núm. 5673-2011), en el presente caso no se hace necesario, a los efectos de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, una decisión de este Tribunal sobre la naturaleza básica o no del precepto. Tal como hicimos en la citada Sentencia, en este proceso debemos declarar asimismo que el hecho de que la propia literalidad del art. 48.1 h) LEEP permita concluir que no existe contradicción alguna entre el citado precepto y el impugnado hace innecesario tal proceso indagatorio, aunque las partes hayan centrados sus argumentaciones sobre la naturaleza del precepto, y que no nos encontramos, en contra de lo argumentado en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ante dos normas con rango de ley que ofrecen una colisión en su aplicación al caso, que al tratarse de normas postconstitucionales, la elección de una debe conllevar la inaplicación de la otra o viceversa. En efecto, la posible consideración del art. 48.1 h) LEEP como básico no comporta la inaplicación al caso de la Ley catalana por ser el propio precepto el que remite a las regulaciones de las Administraciones de existir estas al tiempo de aprobarse la Ley del estatuto básico del empleado público. De entender que no ostenta dicha

naturaleza, tal y como sostienen la Abogada de la Generalitat y el Instituto Catalán de la Salud, tampoco existiría contradicción entre el precepto autonómico y estatal, y el art. 48.1 h) LEEP seguiría operando como regulación directa en el ámbito de la Administración General del Estado.

4. Así pues, no nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, sino, en todo caso, ante una situación en la que el Estado prevé que lo dispuesto en el art. 48.1 h) LEEP se aplique en defecto de normativa de las distintas Administraciones vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley del estatuto básico del empleado público (STC 181/2012, F 4). De hecho, tras la modificación operada del citado artículo por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad, el legislador estatal ha establecido una regulación de los permisos que tendrán los funcionarios públicos que no incluye referencia alguna al carácter supletorio de dicha regulación en defecto de normativa aplicable.

En suma, como hicimos en la STC 181/2012 (FJ 4), debemos concluir que es el propio legislador estatal el que permite que las Administraciones públicas determinen los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración, y que solo «en defecto de legislación aplicable» los permisos y su duración serán, al menos, los establecidos en el citado precepto.

Esta exégesis, que deriva de la propia literalidad del precepto, es también la que realiza el Estado a través del «Informe de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas», de 13 de septiembre de 2007 (STC 181/2012, FJ 4). En primer lugar, respecto del art. 48.1 LEEP que establece expresamente que «las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración», la citada Secretaría General afirma que «[d]e la redacción de este apartado, se desprende que el legislador básico ha respetado la competencia de autoorganización de las Administraciones Públicas para establecer su propia regulación sobre permisos, puesto que esta materia no forma parte del núcleo esencial del régimen jurídico de la función pública, como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/87. En conclusión, serán pues las normas de desarrollo posteriores a la Ley 7/2007 las que concreten los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos. Dicha regulación se llevará a cabo bien, a través de las leyes reguladoras de la función pública de la AGE y de las CCAA previstas en el art. 6 de la Ley para el personal funcionario, bien a través de las normas convencionales para el personal laboral. Hasta la aprobación de dichas normas legales o convencionales, mantienen su vigencia las anteriores que regulen esta materia en cada Administración Pública». En segundo lugar, en cuanto a la interpretación de la expresión «en defecto de legislación» de su apartado 1, indica que la misma «significa que el listado de los permisos del art. 48 opera con carácter supletorio, es decir, solo en el supuesto de que no existieran normas preexistentes a la entrada en vigor del Estatuto que regularan en cada Administración Pública el régimen de permisos, supuestos, requisitos, efectos y duración».

No existe, por tanto, disconformidad del art. 26 a) de la Ley 8/2006 con el art. 48.1 h) LEEP, procediendo, por tanto, declarar que el precepto autonómico no es inconstitucional.

5. A la vista del contenido y del significado del art. 48.1 h) LEEP, en la reciente STC 181/2012, FJ 5, afirmamos que, de haberse producido una supuesta vulneración respecto de la igualdad de derechos de todos los funcionarios, como argumentaba el órgano judicial como premisa que debería servir para atribuir a la letra h) del art. 48.1 LEEP la condición de norma básica, al afectar a «un beneficio o derecho social» que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar —en este caso la protección social económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE)—, aquella no se producía como consecuencia de la regulación autonómica impugnada.

La misma conclusión debe alcanzarse en el presente caso, pues, como pone de manifiesto el Letrado del Parlamento, los argumentos esgrimidos por el órgano judicial para defender el carácter básico del art. 48.1 h) LEEP y la supuesta vulneración del principio de igualdad que produciría un diferente trato normativo en materia de permisos dependiendo de la regulación existente en cada Comunidad Autónoma, lo que ponen de relieve es que el verdadero trasfondo de la cuestión es la discrepancia sobre la forma en que el legislador estatal ha decidido ejercer en este caso la competencia básica que le atribuye el art. 149.1.18 CE.

En efecto, como indicamos en la STC 181/2012, FJ 5, de admitir que la limitación a seis años de la edad del menor para el disfrute del permiso por razones de guarda legal supone una diferencia de trato para los empleados públicos de la Administración pública de la Generalitat, frente a los empleados públicos del Estado o de otras Comunidades Autónomas que han establecido la edad del menor en doce años, lo cual constituiría una diferencia no justificada generadora de una discriminación a juicio del Fiscal General del Estado, tal supuesta discriminación vendría provocada por la propia regulación estatal, de considerarse como básica la norma que la propicia, y no, como se pone de manifiesto en sus alegaciones, por no haberse visto corregida de conformidad con el art. 136 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE. Es al Estado a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia ex art. 149.1.18 CE, realizar la concreción de lo básico con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone. Y el Estado, respetando el orden constitucional, goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 8).

Además, dado que el órgano judicial únicamente plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, y no alternativamente también respecto del art. 48.1 h) LEEP, el control de dicha cuestión excede del conocimiento por este Tribunal por ser ajena a este proceso. Por la misma razón, tampoco puede ser objeto de nuestro enjuiciamiento la valoración de la técnica legislativa de la supletoriedad empleada por el Estado, considerada inapropiada por el órgano judicial que plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad.

6. En consecuencia, y dado que el precepto autonómico cuestionado no es inconstitucional, procede desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Adela Asua Batarrita.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.