



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1  
LOGROÑO**

SENTENCIA: 00080/2015

N11600

BRETON DE LOS HERREROS NUM. 5-7

**N.I.G.:** 26089 45 3 2014 0000849

**Procedimiento:** PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000453 /2014 /

**Sobre:** FUNCIONARIOS PUBLICOS

**De D/Dª:**

**Letrado:** PEDRO JOSE EZQUERRO SANCHEZ

**Procurador D./Dª:**

**Contra D./Dª** SERVICIO RIOJANO DE SALUD

**Letrado:** LETRADO COMUNIDAD

**Procurador D./Dª**

En Logroño, a 23 de julio de 2015.

Dña. Rosa Esperanza Sánchez Ruiz-Tello, Juez de Adscripción Territorial de La Rioja, como Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño, por la autoridad que le confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, en nombre del Rey, ha pronunciado la presente

**SENTENCIA N° 80/2015**

Vistos los autos de Procedimiento Abreviado seguidos ante este Juzgado con el nº 453/14-B, promovidos a instancia de bajo la dirección Letrada de D. Pedro José Ezquerro Sánchez, contra el SERVICIO RIOJANO DE SALUD, defendido y representado por la Letrado de la Comunidad Autónoma, autos que versan sobre reclamación de días de vacaciones y de días de libre disposición adicionales por antigüedad, conforme a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito de demanda de 08 de octubre de 2014, contra la Resolución de 31 de julio de 2014, dictada por el Presidente del Servicio Riojano de Salud, por la que se desestima la reclamación presentada por la recurrente sobre días hábiles adicionales de vacaciones que tenga consolidados a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012



atendiendo al criterio de un día hábil más a partir de los 15 años de servicio, añadiéndose un día más al cumplir los 20, 25 y 30 años de servicio; y sobre los días adicionales de libre disposición por trienios de antigüedad consolidados a la fecha de entrada en vigor del mismo RD Ley 20/2012 atendiendo al criterio de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.

**SEGUNDO.-** Subsanados defectos de forma, por Decreto de 11 de diciembre de 2014 se admitió a trámite la demanda.

**TERCERO.-** Suspendida la tramitación por auto de 27 de febrero de 2015 hasta que se resolviera la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional respecto del RD Ley 20/2012, y dictada sentencia por el Alto Tribunal, se alzó la suspensión por diligencia de 1 de julio de 2015.

**CUARTO.-** Señalada la vista para el 20 de julio de 2015, la parte recurrente se ratificó en su demanda; la parte demandada contestó haciendo las alegaciones que a su derecho convinieron. No existiendo conformidad sobre los hechos, se recibió el pleito a prueba practicándose la que en el acto se admitió: a) actora: documental aportada junto a la demanda; b) demandada: expediente administrativo.

**QUINTO.-** Practicada la prueba, se declaró concluida la vista para dictar sentencia.

**SEXTO.-** La cuantía del recurso objeto de enjuiciamiento se fija en indeterminada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto de este recurso contencioso-administrativo es la impugnación de la Resolución de 31 de julio de 2014, dictada por el Presidente del Servicio Riojano de Salud, por la que se desestima la reclamación presentada por la recurrente sobre días hábiles adicionales de vacaciones por antigüedad y días adicionales de libre disposición por trienios de antigüedad que tenga consolidados a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012, atendiendo al criterio de un día hábil de vacaciones más a partir de los 15 años de servicio, añadiéndose un día más al cumplir los 20, 25 y 30



años de servicio; y dos días hábiles de libre disposición adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, pidiendo que:

- a) se declare la nulidad de la actuación administrativa por ser contraria a Derecho;
- b) se reconozca el derecho de la reclamante a los días hábiles adicionales de vacaciones que tengan consolidados a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012 y los días adicionales de libre disposición por trienios de antigüedad consolidados a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012, según los criterios ya indicados, y todo según la antigüedad de la recurrente;
- c) la condena en costas de la parte contraria.

Se indica en la demanda que la recurrente es empleada pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, como personal estatutario fijo, que presta servicios con categoría de auxiliar de enfermería. El personal funcionario y estatutario del SERIS tiene reconocido el derecho al disfrute de días adicionales de vacaciones por antigüedad a nivel convencional en el art. 40.1 del Acuerdo de 27 de julio de 2006 para. Con fecha 14/7/12 se publicó el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que modificó el art. 48 y 50 EBEP y suprimió las vacaciones adicionales por antigüedad, pero el acuerdo de 27 de julio de 2006 estaba previamente suspendido por Acuerdo del Consejo de Gobierno de La Rioja, aprobado el 23 de diciembre de 2011 (BOE 16/1/12), y sigue vigente. El derecho al disfrute de días adicionales de libre disposición por antigüedad está reconocido en el EBEP desde el año 2007 y era regulado en el art. 50.1 a) de la Ley 3/1990, en el ámbito autonómico; el régimen autonómico fue suspendido con ocasión de la reforma experimentada por obra del art. 34 de la Ley 7/2011 de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2012, pero no ha sido derogado.



Sobre estos hechos, en esencia, el recurrente sostiene que el objeto de este recurso es de carácter estrictamente jurídico; y se concreta en si es ajustada o no a Derecho la resolución recurrida, considerando que no lo es por dos motivos

principales que expone haciendo suyas las argumentaciones de la sentencia de 24/3/14, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao:

a) El RD Ley 20/2012 ha vedado la posibilidad de ampliar la duración de las vacaciones anuales retribuidas y los días adicionales de libre disposición por antigüedad hacia el futuro, pero la modificación del art. 48 y 50 del EBEP carece de efectos retroactivos y no afecta a los días ya consolidados o generados. No puede afectar a los empleados públicos que, habiendo cumplido 15 años de servicio en caso de vacaciones o 18 en días de libre disposición, hubieren causado derecho a disfrutar de días adicionales de vacaciones o de libre disposición antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012.

Son dos los submotivos: i) La Disposición Transitoria 1ª del citado RD Ley acredita esta irretroactividad del RD Ley; ii) Solo puede existir retroactividad en el caso de que la norma lo exprese de forma manifiesta; y no lo hace el RD Ley.

b) Los días de vacaciones o de libre disposición adicionales participan de la naturaleza de las vacaciones. Teniendo en cuenta el principio de primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno, los recurrentes invocan la sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012, en la que este Tribunal sostuvo que el derecho a disfrutar de unas vacaciones anuales retribuidas es un principio de derecho social de la Unión Europea que no admite excepciones, de manera que no son posibles interpretaciones restrictivas.

En el acto de la vista, y tras el dictado de la sentencia nº 45/15 de 9 de julio por este Juzgado, en la que se hace girar la cuestión litigiosa en torno a la retroactividad/irretroactividad de la nueva norma y al respeto a los derechos consolidados de los empleados de la Administración, la parte recurrente hace suyos los argumentos expuestos en la citada resolución.

Por su parte, la Administración demandada, reproduciendo los argumentos esgrimidos en vía administrativa, opone en esencia que el art. 8 del RD Ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el art. 48.1 k) del EBEP para señalar que, en vez de 6 días de asuntos particulares, se reconoce a los funcionarios el derecho a disfrutar de 3 días; el art. 28.3 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, aumentó a 5 los días de asuntos



particulares al año, pero el art. 8 del RD Ley suprimía el art. 48.2 EBEP, y con ello el disfrute de días adicionales de libre disposición por razón de antigüedad. Respecto de las vacaciones, el art. 8 del RD Ley modifica el art. 50 del EBEP, pero no deroga regulación alguna sobre días adicionales de vacaciones por razones de antigüedad, que, en nuestra Comunidad Autónoma, estaba regulada para el personal funcionario en el art. 50.1 a) de la Ley 3/1990, de 29 de junio, consistente en un día hábil adicional al cumplir los 15 años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir 20, 25 y 30 años de servicios, y en el art. 40.1 del Acuerdo de 27/7/06 para el personal funcionario y estatutario del SERIS.

Sobre estos datos, argumenta lo siguiente:

- a) Respecto de las vacaciones, el art. 8 RD Ley no tuvo consecuencias jurídicas en la relación de los empleados con la Administración autonómica de La Rioja pues el derecho a días adicionales de vacaciones por antigüedad era reconocido en una Ley autonómica 3/1990, que había sido derogado por el art. 34 Ley 7/2011, de 22 de diciembre, desde el 1/1/2012 para funcionarios; y se había suspendido desde el 16/1/2012 por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de diciembre de 2011, para personal estatutario. Esto es, la nueva redacción del art. 50 EBEP es posterior a la suspensión del derecho acordada a nivel autonómico, y los recurrentes carecen de legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el RD Ley.
- b) En cuanto a los días adicionales de libre disposición por antigüedad, entiende que la nueva redacción del art. 48 EBEP a partir del 1/1/2013 los suprime pues se convierte en ley básica. Los recurrentes carecen de legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el RD Ley; y la Administración autonómica está obligada a garantizar el cumplimiento de la ley básica.

Como argumento adicional, destaca que no existen derechos adquiridos previamente en esta materia, ya que la jurisprudencia ha repetido que el nuevo funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo (por todas STC de 19 de abril de 1988).



Asimismo, en el acto de la vista, hace suyos los fundamentos de una sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ La Rioja que desestima en un supuesto similar la pretensión, siguiendo el criterio de la sentencia del TSJ Galicia de 5 de noviembre de 2014 y del TSJ Cataluña de 2 y 6 de octubre de 2014. Termina señalando que este Juzgado debe cambiar el criterio que expone en las sentencias nº 44/15 y nº 45/15 de 7 y 9 de julio de 2015 porque, de prosperar sus argumentos, y siendo firme una sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de diferente criterio, podría haber dos grupos diferenciados de funcionarios a nivel retributivo, lo que vulneraría el principio de retribución idéntica.

**SEGUNDO.-** Expuesta la esencia de la controversia, estará bien transcribir los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) que resultan modificados por el RD Ley 20/2012:

Antes de la reforma:

**Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.**

*“1. 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:*

(...)

*k) Por asuntos particulares, seis días.*

*2. Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.”*

**Artículo 50. Vacaciones de los funcionarios públicos.**



*“Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.*

*A los efectos de lo previsto en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.”*

*Después de la reforma:*

#### **Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.**

*“Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:*

*(...)*

*k) Por asuntos particulares, tres días.*

*l) Por matrimonio, quince días.”*

#### **Artículo 50. Vacaciones de los funcionarios públicos.**

*“Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.*

*A los efectos de lo previsto en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.”*



Por su parte, el artículo 50 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma, antes de la reforma, decía:

## **Artículo 50 Vacaciones, permisos y licencias**

*“1. Las vacaciones se sujetarán a las siguientes normas*

*a) Los funcionarios y el personal eventual tendrán derecho a disfrutar durante cada año completo de servicio de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles y, si el tiempo servido fuese menor, de los días que proporcionalmente corresponda, contando el tiempo por meses vencidos. Asimismo, los funcionarios tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente.*

*Este derecho se hará efectivo a partir del año natural siguiente al del cumplimiento de los años de servicio señalados en el párrafo anterior.*

*A los efectos previstos en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan en los horarios especiales.”*

*Después de la reforma dice:*

## **Artículo 50 Vacaciones, permisos y licencias**

*“1. Las vacaciones se sujetarán a las siguientes normas:*

*a) Los funcionarios y el personal eventual tendrán derecho a disfrutar durante cada año completo de servicio de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles y, si el tiempo servido fuese menor, de los días que proporcionalmente corresponda, contando el tiempo por meses vencidos.*

*A los efectos previstos en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan en los horarios especiales”.*



Como consecuencia del RD Ley 20/2012, el EBEP ha dejado de ser una norma mínima y susceptible de desarrollo normativo por las CCAA, para pasar a ser una norma con un marcado carácter imperativo.

En La Rioja, ese desarrollo normativo venía identificándose con la Ley 3/1990, de 29 de junio, de la Función Pública, cuyo art. 50 reconocía días adicionales de vacaciones al cumplir 15, 20, 25 y 30 años de servicio. Por tanto, tiene importancia que la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, con efectos desde el 1/1/12, diera nueva redacción al art. 50 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, y al art. 40.1 del Acuerdo de 27/7/06 para el personal funcionario y estatutario del SERIS, porque fue esta ley autonómica, y no el RD Ley 20/2012, la que suprimió estos días adicionales de vacaciones. Esto fue así desde el 1/1/12; lo único que sucede, a partir de la entrada en vigor del RD Ley 20/2012 el día 15/7/12, es que la norma estatal se convierte en régimen básico imperativo porque suprime el sintagma “como mínimo”, de tal forma que una ley autonómica, o una normativa convencional, ya no podrá ampliar los 22 días de vacaciones.

Dicho carácter básico lo es en desarrollo de una competencia exclusiva del Estado (art.149.1.18ª CE) para asegurar un mínimo común normativo de aplicación en todo el territorio nacional. Aunque la utilización de la técnica de la legislación básica obliga siempre a dejar un margen de actuación a las CCAA, dentro de su capacidad de autogobierno, para determinar el régimen jurídico de su función pública (art. 6 EBEP), la nueva redacción del art. 48 y 50 EBEP no parece dejar ningún espacio para dicha facultad.

Sentado lo anterior sobre el marco normativo aplicable, es el momento de destacar que la actividad legislativa autonómica, por vía de la Ley 7/2011, tuvo la virtud de adelantar algo más de seis meses en la Comunidad de La Rioja lo que a nivel estatal ocurrió a partir del 1 de enero de 2013, considerando lo dispuesto en la D Transitoria 1ª del RD Ley 20/2012 para el año 2012, régimen transitorio que, debido a la derogación previa del régimen autonómico riojano más beneficioso, no tuvo aplicación para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración de La Rioja.

Dicho en términos sencillos, los días adicionales de vacaciones se suprimen por ley autonómica 7/2011 el día 1 de enero de 2012, de tal manera que el RDL 20/2012 solo confirma y respalda que esa supresión es ajustada a la crítica situación de la economía nacional; y, en lo sucesivo, el RD Ley 20/2012 modifica el EBEP para que las CCAA, entre ellas La Rioja, no puedan desarrollarlo de manera más beneficiosa



incrementando en el futuro los días adicionales de vacaciones por antigüedad u otro motivo.

Por su parte, los días adicionales de libre disposición siguen la misma suerte en el ámbito de la Comunidad de La Rioja, pero, en este caso, por otro camino: como el art. 48.1 k) EBEP era norma básica –“*al menos*”–, por voluntad del gobierno autonómico los días de libre disposición se hicieron objeto de negociación colectiva que culminó en el art. 41.1.1.9 del Acuerdo de para el personal estatutario y funcionario del SERIS, en la redacción dada por la Instrucción de 15 de mayo de 2007 dictada a raíz de la entrada en vigor del EBEP en el año 2007. Este artículo del Acuerdo se suspendió por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de diciembre de 2011 con efectos desde el 16 de enero de 2012, pero el art. 8.2 RDL 20/2012 suprimió el art. 48.2 EBEP y con él los dos días adicionales por sexto trienio y uno más a partir del octavo, y dio carácter básico imperativo al art. 48 EBEP, de modo que el derecho a este disfrute ya no existe desde el 31/12/12. Está suprimido; y carece de relevancia jurídica que el citado Acuerdo esté formalmente suspendido porque esta materia ha sido sustraída a la competencia autonómica.

Debemos aclarar que, conforme establece la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, la suspensión de los convenios, pactos y acuerdos para el personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas que se acoge en el art. 8.3 RD Ley 20/2012 debe entenderse referenciada solo a la nueva redacción dada al artículo 48, letra k) EBEP, esto es, a los días de asuntos particulares ordinarios.

**TERCERO.-** Entrando ya al fondo de la cuestión controvertida, que es el alcance de la retroactividad del nuevo régimen legal autonómico -refrendado o reforzado por la legislación estatal- y del nuevo régimen legal estatal, debemos comenzar señalando lo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, partiendo de la doctrina de los autores y del derecho positivo.

El cambio y aplicación sucesiva de las normas jurídicas suscita el problema de determinar la eficacia que pueda tener la norma nueva sobre los hechos y las relaciones producidas cuando regía la norma anterior. Podemos definir el Derecho



transitorio como el conjunto de reglas destinadas a determinar la eficacia de la ley en el tiempo o a resolver los conflictos que pueden ocurrir entre la ley nueva y la anterior derogada por ella, adaptando los preceptos de la ley nueva a los estados de derecho nacidos al amparo de la ley anterior. Es una cuestión fundamental de Derecho transitorio discernir si la ley nueva debe aplicarse, incluso, a las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua (principio de retroactividad), o debe respetar el estado jurídico creado con anterioridad (principio de irretroactividad de la ley).

La teoría clásica en esta materia ha sido la llamada “teoría de los derechos adquiridos”. Su formulación resumida es la siguiente: la posible retroactividad de la ley nueva encuentra su límite en el respeto de los derechos adquiridos. La dificultad con la que siempre ha tropezado esta teoría es la de la explicación del concepto mismo de “derecho adquirido”. Algunos autores, con base en un texto de la Glosa, han tratado de distinguir entre derechos (“*ius quaesitum firmum*”) y puras expectativas (“*ius existens in spe*”), de tal manera que la nueva ley puede ser retroactiva si afecta solo a una mera expectativa; pero no puede lesionar nunca ni perjudicar los derechos firmemente adquiridos.

Pero, aunque la nueva ley no puede anular ni modificar los actos de ejercicio de tal derecho realizado bajo el imperio de la ley anterior, esto no significa que la nueva ley no pueda afectar a las consecuencias de tal derecho que sean posteriores a su entrada en vigor.

Para salvar esta dificultad, Savigny trató de distinguir entre las normas relativas a la adquisición de derechos y las normas relativas a la existencia del derecho. La ley es irretroactiva en cuanto que no puede aplicarse a un hecho adquisitivo realizado bajo el imperio de la ley anterior (por ejemplo, si una persona ha adquirido la propiedad de una finca por *traditio* y la ley nueva impone la adquisición por inscripción en el Registro de la Propiedad). En cambio, nada impide la retroactividad de las leyes que afectan a la existencia misma del derecho (por ejemplo, la propiedad sobre esclavos).

Las dificultades de todo orden a que condujo esta teoría obligaron a la doctrina a buscar nuevos derroteros y se formuló la llamada “teoría del hecho jurídico



realizado” o del hecho cumplido. La formulación inicial es sencilla: cada hecho jurídico debe quedar sometido en sus efectos jurídicos pasados, presentes y futuros a la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (“*tempus regit factum*”). La extensión que se da a esta teoría es muy diversa, y, así, Roubier entiende que la ley nueva no puede modificar los efectos agotados de los hechos pretéritos, mientras que puede en cambio afectar a los efectos futuros de tales hechos, en tanto otros autores rechazan esto último.

En realidad, ninguna teoría permite resolver el problema de la transición con carácter general. Toda solución dogmática y apriorística está llamada al fracaso. En rigor, es una facultad del legislador el determinar la retroactividad o irretroactividad de la ley que dicta; y su poder no encuentra otros límites generales de validez y legitimidad que los de su poder como legislador.

Cuando el legislador nada haya dispuesto sobre el particular, la determinación del efecto retroactivo o irretroactivo de la nueva ley será una cuestión interpretativa, que habrá de resolverse con auxilio de los criterios hermenéuticos generales, atendiendo a la ratio de la ley y a las exigencias de los principios generales del Derecho.

Examinada la cuestión desde el punto de vista doctrinal, veamos cómo la resuelve nuestro derecho positivo.

El Código Civil contiene en su art. 2.3 una regla que constituye un principio general de irretroactividad, al señalar que “*Las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario*”. Por tanto, conforme al precepto transcrito, la irretroactividad de las leyes es el principio general de nuestro Código Civil; la retroactividad la excepción, que puede tener lugar tanto cuando expresamente la ley lo disponga (retroactividad expresa).



Ahora bien, a pesar de que el Código Civil permita la retroactividad de las leyes cuando así se disponga por la ley nueva, tal precepto hay que ponerlo en relación con el art. 9.3 CE, que garantiza “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales*”. Este precepto constituye un límite al legislador, quien no podrá dar carácter retroactivo a las leyes restrictivas

de derechos individuales, o cualesquiera otras disposiciones sancionadoras no favorables.

Como señala Díez Picazo, la irretroactividad que consagra el art. 9.3 CE cubre un campo muy concreto, y deja al legislador un amplio margen de actuación; fuera de esas coordenadas, el legislador es soberano para dotar a las normas que dicta de efecto retroactivo.

Dentro de la fórmula “disposiciones sancionadoras” se comprenden las normas de carácter penal –de lo que hace aplicación concreta el art.25 CE-, así como aquellas otras en las que existe una sanción de carácter administrativo o una sanción de naturaleza civil, como podría ser la nulidad de actos jurídicos contrarios a la ley. El segundo campo cubierto por la irretroactividad absoluta es el de las normas restrictivas de derechos individuales. Aquí la interpretación de qué debe entenderse como derechos individuales en el sentido del art. 9.3 CE se torna difícil.

El Tribunal Constitucional ha acabado señalando con claridad que lo que prohíbe el art. 9.3 es la incidencia de la ley nueva en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, pero no que se extienda dicha ley nueva a los efectos no consumados. Esto es, acepta la retroactividad débil o de primer grado o impropia; y no solo cuando lo disponga la nueva ley de forma expresa, sino también cuando del sentido y finalidad de la nueva ley resulte que este es el propósito del legislador (retroactividad tácita). Aunque esta postura la ha sostenido desde sus primeras resoluciones (STC 227/1988), en la sentencia nº 112/2006, el Tribunal Constitucional la vuelve a resumir de esta forma:

*"Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto -retroactividad auténtica- la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del*



*bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo - retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. "*

Y, en la misma sentencia, acaba señalando, en términos sumamente claros, que:

*“la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, F. 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, F. 9), de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE , cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas » (por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, F. 6 b)).”*

Al tiempo que el Tribunal Constitucional señala como límite infranqueable a la retroactividad de la nueva ley los derechos consolidados, define qué debe entenderse como tales: a) en sentido positivo, serían relaciones consagradas o situaciones agotadas; b) en sentido negativo, no serían ni expectativas ni derechos expectantes o condicionados.

Sobre el concepto de “expectativa”, que el Tribunal Supremo detecta que se ha usado de forma abusiva como límite o concomitante con el concepto de “derecho consolidado” (v.g. STS 28/5/01), el alto tribunal ha destacado la existencia de dos clases de expectativas: unas indiferentes para el Derecho; y otras aquellas por las que el Derecho se interesa. Y así, en la STS 28/5/01, dice:

*“Las primeras son una mera esperanza; las otras, aquellas por las que el derecho se interesa y por eso las toma en consideración, constituyen también una esperanza, pero una esperanza cualificada por su menor aleatoriedad, una esperanza cuyo índice de probabilidad de hacerse real es más alto porque el derecho la regula y, en cierto modo, favorece y hasta, en ocasiones, protege su larvada existencia.*



*Podríamos decir -para hacernos entender- que, como regla general, las expectativas indiferentes para el derecho se mueven en el terreno de la utopía, mientras que las expectativas jurídicas se hallan en el plano de lo humanamente alcanzable.”*

De este modo, y de manera gráfica, en la citada sentencia, el Tribunal Supremo viene a señalar que una expectativa con eficacia jurídica sería una expectativa de destino o una expectativa urbanística, en tanto sería vulgar esperanza –perfectamente lógica y razonable, pero sin mayor probabilidad de hacerse real- que una situación regulada por una norma, por ejemplo, la edad de jubilación, no se vea alterada por el legislador en función de nuevos criterios.

Para el Tribunal Supremo resulta claro que el deseo o esperanza de que la regulación legal del régimen jurídico de cualquier institución o relación jurídica no cambie a peor por parte de quienes ya disfrutaban de ella es siempre mera expectativa. Retengamos este concepto para no incurrir en una confusión que hemos observado en la respuesta ofrecida por algunos TSJ a una controversia semejante a la que aquí resolvemos. Más adelante nos ocuparemos de ello.

**CUARTO.-** Debemos ahora poner en relación estos datos -de carácter fáctico unos, de índole jurídica otros- con el problema de fondo que hemos de resolver para seguir un orden lógico y sistemático en nuestro razonamiento. Y, para ello, recuperemos la básica distinción entre los días adicionales de vacaciones y los días adicionales de libre disposición, debido a la forma en la que se ha realizado el cambio normativo en La Rioja, que antes hemos perfilado:

- a) Vacaciones adicionales por antigüedad: el art. 34 de la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de medidas Fiscales y Administrativas para el año 2012 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dio nueva redacción al art. 50. 1 a) de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de tal manera que *“Los funcionarios y el personal eventual tendrán derecho a disfrutar durante cada año completo de servicio de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles”*, suprimiendo la anterior redacción que reconocía días adicionales al cumplir 15, 20, 25 y 30 años de prestación de servicio.



Esta disposición entró en vigor el 1 de enero de 2012, según la Disposición Final Única, sin que la propia ley estableciera una o alguna disposición de derecho transitorio.

El hecho en si de que no lo hiciera tiene un significado que se debe resaltar porque el mismo art. 34 modificó otro precepto en materia de función pública, relativo a la jubilación, y contempló, en cambio, un régimen transitorio en la Disposición Transitoria Segunda de esta ley 7/2011. Por tanto, podemos deducir que el legislador autonómico no quiso definir un concreto y expreso régimen transitorio.

Si le quiso dar aplicación retroactiva, solo lo hizo de forma tácita.

- b) Días de libre disposición adicionales por antigüedad: el art. 8 del RD Ley 20/2012 suprime el art. 48.2 EBEP y los dos días adicionales por sexto trienio y un día más por cada trienio a partir del octavo a nivel estatal a partir del 31/12/12 por efecto de la DT1ª. En La Rioja, su disfrute estaba suspendido desde el 17/1/12 por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de diciembre de 2011, por lo que el art. 8.2 del RDL significa que, sustrayendo la materia del ámbito de la negociación colectiva, el legislador estatal introduce un régimen básico imperativo para La Rioja y el resto de Comunidades Autónomas desde el 31/12/12; y la suspensión acordada por la Comunidad Autónoma se debe entender implícitamente alzada porque ya no existe un régimen de disfrute de días adicionales cuya eficacia tenga competencia para suspender.

La Disposición Adicional Decimoquinta del RD Ley 20/2012 señalaba que el RD Ley entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, pero recogía –esta vez sí– unas normas de Derecho Transitorio en la Disposición Transitoria Primera, que decía:

*“Lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impedirá que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.”*



El tenor literal de esta DT 1ª permite entender que, pese a la inmediata entrada en vigor del RD Ley 20/2012 el 15 de julio de 2012, el régimen anterior se sigue aplicando hasta el 31 de diciembre de 2012 en determinados aspectos, de tal manera que los funcionarios que tengan derecho a disfrutar de días adicionales por antigüedad de servicio conforme a la normativa anterior podrán hacerlo imputándolo a vacaciones y días de libre disposición del año 2012.

La razón de ser de esta disposición es evitar la desigualdad que se daría entre los funcionarios que cumplen 15 años de servicio, para vacaciones, o 18 años, para días de asuntos, antes del 15/7/12, y los que los cumplen después de esa fecha, pero en el mismo año 2012, si no se introdujera esta norma de derecho transitorio. El objetivo es claro: que todos los funcionarios que cumplan esos años de servicio del 1 de enero al 31 de diciembre del año 2012 los disfruten en el año 2012 para evitar toda desigualdad, considerando que el RD Ley entró en vigor mediado el año 2012 y en un mes de julio, en el que ya muchos funcionarios han disfrutado o están disfrutando de vacaciones.

La DT 1ª no dice nada más. Esto es, no introduce un régimen concreto y específico de retroactividad expresa. Cabría preguntarse si el RD Ley 20/2012 supone de forma tácita la retroactividad de la supresión del derecho a generar más días de vacaciones o de libre disposición por antigüedad.

Por tanto, ya sea al analizar la norma autonómica como al analizar la norma estatal, acabamos considerando que, de existir retroactividad, esta solo puede ser tácita porque el legislador nada ha dispuesto sobre el alcance hacia atrás de la supresión de días de vacaciones y de libre disposición adicionales por antigüedad. Hacia delante, hacia el futuro, claro es que no pueden seguir devengándose, pero ¿cómo miramos hacia el pasado?



Es el momento de adelantar el sentido de nuestro fallo, cual es que los días adicionales de vacaciones y de libre disposición por antigüedad de quienes ya habían cumplido los requisitos del art. 48.2 EBEP y del art. 50 EBEP, o lo que es lo mismo, de quienes habían cumplido en la Administración de La Rioja los requisitos del art. 48.2 EBEP (el sexto trienio o tres años a partir del octavo) antes del 31 de diciembre

de 2012; y del art. 50.1 a) de la Ley 3/1990, de 29 de junio (15, 20, 25 o 30 años de servicio) antes del 1 de enero de 2012, como estaban adquiridos o devengados por haber cumplido los años de servicio correspondiente antes de entrar en vigor la nueva normativa, se les puede considerar derechos consolidados.

Para afirmar lo anterior, debemos aclarar la naturaleza jurídica del disfrute de días adicionales de vacaciones y de libre disposición por antigüedad.

Tal como estaban regulados en los art. 48.2 y art. 50 EBED -art. 50 Ley 3/1990 de la Función Pública en La Rioja- daban origen a una situación jurídica continuada, pues, una vez cumplidos 15 años de servicio, para las vacaciones, y 18 años de servicio, para los días de libre disposición, el funcionario causaba derecho a que se le reconocieran los días adicionales; y año a año, sucesivamente, a partir de ese momento, iba disfrutando de esos días adicionales que le habían sido reconocidos. Aunque el disfrute de los días adicionales se produjera cada año, este disfrute no estaba condicionado a un reconocimiento anual ad hoc y previo del derecho, sino que, una vez recaído el acto administrativo en el que se declaraba reunir los requisitos, bastaba con que se produjera en la realidad extraprocesal el hecho temporal del transcurso del tiempo y el funcionario los solicitara.

Desde esta perspectiva, no puede considerarse que el disfrute anual sea un acto de consumación de los efectos jurídicos del reconocimiento del derecho de días adicionales por antigüedad, dado que el efecto jurídico se agotó con el acto administrativo de reconocimiento; y su disfrute solo tiene un significado vital, y no jurídico.

En una situación de cambio legislativo como la que suscita la controversia, la retroactividad impropia que el Tribunal Constitucional acepta, según hemos visto, y asumiendo dialécticamente que tanto la nueva norma autonómica como la nueva norma estatal partieran de su aplicación retroactiva –de forma impropia- hacia el pasado, vemos que la supresión de días adicionales de vacaciones y de libre disposición por antigüedad no puede alcanzar a quienes ya tienen reconocidos 15, 20, 25 y 30 años (para vacaciones) y 18 o 27 años (para días de libre disposición) antes de la entrada en vigor de la nueva norma porque los efectos jurídicos de ese transcurso del tiempo de servicio ya se ha producido –reconocido en acto



administrativo-, y agotado con el reconocimiento de tal derecho. Si no se entendiera así, estaríamos aplicando la nueva norma a efectos ya agotados de situaciones jurídicas pretéritas, que es la esencia de la retroactividad auténtica que el Tribunal Constitucional ha considerado proscrita por el art. 9.3 CE.

Antes de continuar, imaginemos lo que realmente supone el cambio normativo, para conferir a nuestro pensamiento abstracto de un sustancia gráfica que facilite entender la dimensión del problema: ni el funcionario con 9 años de servicio el 31 de diciembre de 2012 (o el 1 de enero de 2012 en La Rioja para vacaciones) ni el funcionario con 26 años de servicio el 31 de diciembre de 2012 (o el 1 de enero de 2012 en La Rioja para vacaciones) tienen una expectativa con eficacia jurídica de que no se apruebe una norma que empeore su régimen. Tienen una expectativa sin efectos jurídicos, como acertaba a distinguir la STS de 28/5/01.

Pero de esto, que cae por su propio peso, no es de lo que nos debemos ocupar, sino de distinguir entre el funcionario con 9 años de servicio que, tras el cambio normativo, seguirá sin disfrutar de un día adicional de asuntos propios cuando cumpla 15 años de servicio, o 18 años para las vacaciones, porque no había causado derecho a ello antes del cambio normativo; y el funcionario con 29 años de servicio, que ya disfrutaba antes de la reforma de tres días adicionales de vacaciones de libre disposición, y que tiene derecho a conservarlos –de eso va esta sentencia-, pero no podrá generar otro más cuando cumpla al año siguiente 30 años de servicio, de la misma manera que no podrá disfrutar de 2 días adicionales de vacaciones cuando cumpla esos 30 años de servicio, porque entró en vigor el cambio normativo cuando llevaba 29 años de servicio.

Analizando la prueba documental practicada, podemos comprobar que la funcionaria recurrente, María Asunción García Gómez, tiene reconocido el trienio 6, (Grupo C2), en virtud de resolución de 1 de abril de 2012, dictada por el Presidente del Servicio Riojano de Salud, con efectos administrativos desde el 11/3/12 y efectos económicos desde el 1/4/12, lo que constituye prueba de haber incorporado a su patrimonio el derecho a dos días adicionales de libre disposición –ya está reconocido el sexto trienio por una resolución administrativa- antes de la entrada en vigor de la reforma por art. 8 RD ley 20/2012 con el efecto de la Disposición Transitoria 1ª el día 31/12/12; en cambio, no habría entrado en su patrimonio el tercer día adicional



porque habría seguido prestando años de servicio, tras cumplir el sexenio, pero no habría alcanzado los nueve trienios antes del 31/12/12. Asimismo, habría causado derecho antes del 1/1/12 a un día adicional de vacaciones por llevar más de 17 años de servicio a finales del año 2011, pero no habría causado derecho a un segundo día adicional por llevar más de 15 y menos de 20 años de prestación de servicio.

Esta es una retroactividad impropia, una retroactividad de grado mínimo, reconocida por el TC y el TS, en la que se anudan efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, pero siempre considerando que se trata de situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (STS 30/6/03). En nuestro caso, el efecto *ex novo* es la supresión de los días adicionales por antigüedad; y la situación jurídica actual es el número de años de servicio cumplidos. Si no se alcanzan los requisitos de la norma anterior, al entrar en vigor la nueva norma, se considera que la situación o relación jurídica no está concluida y la supresión *ex novo* se aplica a esa situación pretérita no concluida. Si estaban por el contrario cumplidos y reconocidos los requisitos, se considera situación jurídica pretérita ya concluida, y la nueva norma no le es de aplicación.

La aplicación retroactiva de la nueva ley a esas situaciones jurídicas pretéritas con efectos ya consumidos es la retroactividad auténtica prohibida por el art. 9.3 CE. La aplicación retroactiva de la nueva ley a esas situaciones jurídicas pretéritas con efectos no concluidos es una retroactividad impropia que el TC y el TS consideran lícita o ilícita en virtud de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso, teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica, y, de otra parte, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.

Nosotros consideramos lícita la aplicación retroactiva impropia de la nueva normativa, conviviendo con el respeto de los derechos consolidados, por la sencilla razón de que, de igual manera que han sido razones de urgencia económica y de excepción las que han aconsejado el cambio normativo, según puede leerse en la exposición de motivos del RD Ley, esas mismas razones están avocadas a desaparecer por su naturaleza de excepción. Cuando la situación económica se normalice, las mismas razones que llevaron a suprimir este derecho pueden llevar a reconocerlo de nuevo con efectos retroactivos salvando la desigualdad que pudiera



haberse creado entre los funcionarios más antiguos y los más modernos en el servicio.

A todo lo dicho no se opone la doctrina del TC sobre retroactividad aplicada a la Función Pública porque, rectamente aplicada esa doctrina constitucional, solo significa que el funcionario, cuando ingresa en la carrera, solo podrá tener una expectativa no jurídica -como equivalente a deseo o humana esperanza- de no enfrentarse vitalmente a la entrada en vigor de un nuevo reglamento o nueva ley que modifique a peor el estatuto que regula su régimen prestacional.

El funcionario tampoco tiene un derecho consolidado a que ese cambio legislativo a peor no se produzca -¡faltaría más!-, pero estas afirmaciones de la doctrina constitucional nada tienen que ver con la cuestión controvertida, pues la esperanza de que no se produzca un cambio normativo a peor es una mera expectativa, y el derecho consolidado es otra cosa, como hemos visto: los efectos jurídicos que nacen de una situación jurídica pretérita regulada por una ley anterior, que es reformada por una nueva, y se incorporan al patrimonio de su titular antes de la entrada en vigor de la nueva ley.

El funcionario, pese a su régimen estatutario o regulado por ley y reglamentos, y no por un acuerdo de voluntades, tiene derechos consolidados. La afirmación se contiene en la STC 178/1989, que dice:

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

*No se trata, claro es, de que el legislador pueda menoscabar derechos «consolidados», especialmente, los de contenido económico. No es ese el caso. Pero no debe confundirse lo que pueden ser, en sentido estricto, derechos «consolidados» con «expectativas» puras y simples a que una situación legalmente determinada.*



El Tribunal Constitucional no dice aquí que el funcionario no puede tener derechos consolidados, porque el funcionario puede tenerlos como cualquier otro ciudadano; lo que dice es que no es derecho consolidado el deseo de que su régimen legal no cambie a peor, sino mera expectativa.

Esa paridad en el respeto de los derechos consolidados por parte de la aplicación retroactiva de la nueva ley entre el funcionario público y el trabajador del sector privado es reconocida por el STC 112/2006, de 5 de julio, dado que, en ella, el Tribunal Constitucional señala que la irretroactividad/retroactividad de la nueva ley no depende de si se aplica a régimen de funcionarios o a régimen de trabajadores del sector privado, sino a si unos y otros han integrado el derecho ya producido por la ley anterior en su patrimonio, pues dice:

*“El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior ( STC 97/1990, de 24 de mayo, F. 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual nazca de una relación pública o de una privada dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo”.*

Si leemos íntegramente la STC 178/1989 (FJ 9) de la que traen causa la STC 41/1990 y la 99/1987, podemos ver con claridad que solo exponen que el funcionario que ingresa en la Administración no tiene un derecho consolidado a que no cambie la ley que regula su régimen prestacional porque eso es mera expectativa. Y, además, también añade la primera –y esto lo debemos dejar sumamente claro- que, si el funcionario no tiene un derecho consolidado a que la nueva ley (la que entonces era nueva ley 53/1984 de Incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas) no le prohíba ocupar dos o más puestos en el sector público o simultanear haberes activos y pasivos, no es porque no tenga derechos consolidados por ser funcionario, sino porque ni la Constitución ni el ordenamiento jurídico reconocían antes del cambio normativo esta compatibilidad en precepto alguno. No tenía un derecho adquirido, un derecho reconocido.

Las resoluciones del TSJ de Cataluña, Galicia y La Rioja confunden meras expectativas con derechos consolidados, niegan –injustamente- derechos



consolidados a los funcionarios *per se*, y parten de considerar –para desestimar los recursos, en casos similares- que el disfrute de vacaciones y días adicionales por antigüedad aún no se había solicitado antes de la entrada en vigor de la nueva norma RD Ley 20/2012 que suprime el derecho nacido de la antigüedad. De los dos erróneos enfoques ya nos hemos ocupado.

En cuanto al tercero, creemos que la solicitud y concesión carecen de relevancia jurídica para el reconocimiento del derecho –que fue un acto administrativo anterior-, pues solo tiene la trascendencia de elegir (el funcionario) concretos días de disfrute dentro del calendario anual, de efectuar (la Administración) una distribución racional de recursos durante periodos de concentración de solicitudes como vacaciones escolares o estivales; y de exteriorizar una voluntad contraria a la renuncia a tal derecho.

**QUINTO.-** Conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA, y teniendo en cuenta el fallo estimatorio que debe dictarse, se condena en costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo presentado por la representación de, contra la Resolución de 31 de julio de 2014, dictada por el Presidente del Servicio Riojano de Salud, por la que se desestima la reclamación presentada por la recurrente sobre días hábiles adicionales de vacaciones que tenga consolidados a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012 atendiendo al criterio de un día hábil más a partir de los 15 años de servicio, añadiéndose un día más al cumplir los 20, 25 y 30 años de servicio; y sobre los días adicionales de libre disposición por trienios de antigüedad consolidados a la fecha de entrada en vigor del mismo RD Ley 20/2012 atendiendo al criterio de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, y, en su consecuencia, **declaro nula la resolución impugnada y reconozco el derecho de la reclamante a disfrutar los días hábiles adicionales de vacaciones que tenga consolidados antes del 1 de enero de 2012 y los días**



**adicionales de libre disposición por trienios de antigüedad consolidados antes del 31 de diciembre de 2012, según los criterios ya indicados, y todo según la antigüedad de la recurrente.**

Se condena a la parte demandada al pago de las costas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la misma es recurrible en apelación, para ser resuelta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ La Rioja, en el plazo de los 15 días siguientes al de su notificación, previo depósito de 50 euros en el banco Santander nº cuenta 2247.0000.94.0453.14, haciendo expresa mención de la resolución que se recurre.

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

