Administración de Justicia

Recurso núm. /07
Ponente Sra. DELGADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEXTA

S E N T E N C I A núm.

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN - 8 FEB 2011
NOTIFICACIÓN - 9 FEB 2011
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

Ilmos. Sres.:
Presidente:
Dª. Mª Teresa Delgado Velasco
Magistrados:
Dª. Cristina Cadenas Cortina
Dª. Amparo Guillo Sánchez-Galiano
Dª. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas
D. Francisco de la Peña Elías

En la Villa de Madrid, a 11 de octubre de dos mil diez.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. promovido por D. JAVIER FREIXA IRUELA Procurador de los Tribunales Madrid , actuando, con poder suficiente a tal efecto, que será aportado e momento procesal oportuno , en nombre y representación de

Madrid

contra las Resoluciones del Director General de la Guardia Civil de varias fechas de 2.007 por las cuales se desestimaron sus peticiones sobre abono con carácter retroactivo de todas las horas de exceso generadas en el periodo que mencionan y cuantificadas conforme a las reglas de valoración que igualmente expresan; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizasen la demanda, lo que verificaron mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaban suplicando se dictase Sentencia por la que:

---con anulación de las resoluciones recurrida,

---se reconozca el derecho de los actores al cobro de las cantidades legalmente establecidas para la retribución de las horas de exceso efectivamente prestadas por encima de su jornada habitual (37,5 HORAS SEMANALES) en cuantía proporcional a su retribución íntegra

Administración de Justicia

mensual con carácter retroactivo, y mientras permanezca desempeñando dichos servicios, por el período de tiempo no prescrito , con efectos retroactivos por los servicios prestados en los cinco años inmediatamente anteriores a su petición en vía administrativa o subsidiariamente a la fecha de entrada en vigor de la citada Circular de fecha 31 de julio del 2002 , y en su caso en el futuro mientras permanezcan desempeñando dichos servicios

---cantidad que deberá ser incrementada con los intereses legales.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de octubre de 2.010, teniendo así lugar.

VISTO siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Delgado Velasco, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o disconformidad a Derecho de las Resoluciones de la Dirección General

Madrid

de la Guardia Civil de varias fecha de 2.007, por las que se desestimaron las solicitudes de los actores sobre abono de todas las horas de exceso generadas en el periodo que mencionan conforme a las reglas de valoración que expresan.

Alegan los recurrentes, en síntesis, que la hora de servicio prestada por encima de la jornada legal de trabajo (37,5 horas) debe considerarse como hora extraordinaria y remunerarse bajo el concepto de gratificaciones por servicios extraordinarios, calculando su importe dividiendo la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales entre las horas de servicio ordinarias. Añaden que no puede subsumirse este concepto retributivo en la percepción del complemento de productividad que no está destinado a retribuir el exceso de horas, destacando que la Circular 1/1998 tiene una posición jerárquica subordinada frente a las normas generales.

Por su parte la Abogacía del Estado opone que mediante Circular 1/98, de 6 de marzo, se dictaron normas para percibir productividad con base en el exceso de horas de servicio, por lo que a los miembros de la Guardia Civil no se les abonan horas extraordinarias, sino que el exceso sirve de base para el cobro de la productividad, añadiendo que el recurrente estuvo percibiendo este complemento mensualmente.

SEGUNDO.-Son numerosos los pronunciamientos de esta Sección sobre la cuestión controvertida que parten de la especial relación funcionarial de los miembros de la Guardia Civil, derivada de su carácter militar y de las funciones desempeñadas, y que han llevado a desestimar recursos análogos con base en los razonamientos que se exponen a continuación, aplicables hasta la entrada en vigor de la Orden General número 10, de 16 de junio de 2.006, que introduce como

veremos una nueva regulación en la retribución de lo que denomina sobreesfuerzos realizados por el personal con motivo del servicio.

Partían aquellas Sentencias de la circunstancia de que la Guardia Civil, instituto armado de naturaleza militar, se rige además de por la normativa militar por la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que dispone en su artículo 6 que reglamentariamente se determinará su régimen de horario y servicio, estableciendo la premisa de que se adaptará a las peculiaridades de la función policial, señalando el artículo 5.4 que habrán de llevar a cabo sus funciones con total dedicación debiendo intervenir siempre, en cualquier momento y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la Seguridad ciudadana, lo que está en consonancia con el artículo 221 de la Ley 85/78, que regula las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que disponen que el militar de carrera en situación de actividad estará en disponibilidad permanente para el servicio siendo en tan vasto marco donde tienen cabida las disposiciones discutidas que pretenden adecuar el sistema militar de guardias a las peculiaridades especificas del cuerpo de la Guardia Civil, dando prevalencia al interés público y a la seguridad ciudadana.

El art. 6.4 de la Ley Orgánica 2/1986 establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "tendrán derecho a una remuneración justa, que contemple su nivel de formación, régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación y el riesgo que comporta su misión, así como la especificidad de los horarios de trabajo y su peculiar estructura".

De tal precepto se desprende que la remuneración de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aparte de ser justa, habrá de contemplar la especialidad de los horarios, y lo que supone tal

extremo es que la existencia de ese régimen especial y distinto, propio de la prestación de servicio del personal que nos ocupa, en principio habría de tener su reflejo retributivo a través de los instrumentos ordinarios, concretamente a través de las retribuciones complementarias (complemento específico), con lo que no se compadece la pretensión del recurrente de la retribución a través del instrumento de la gratificación por servicios extraordinarios, pues si decimos que el sistema retributivo ha de partir de la premisa de la "especificidad" de los horarios, entonces esta "especificidad" se convierte en algo insito a la prestación de servicios, por lo que toda pretensión de que se retribuyan como servicios extraordinarios las consecuencias que se derivan de esa especialidad de horarios decae. Y a este respecto, no se olvide que el art. 4 IV del Real Decreto 311/1988, de 30 de marzo, de Retribuciones del Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que regula las Gratificaciones por servicios extraordinarios, establece que las mismas "en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo. Se concederán por el Ministerio del Interior dentro de los créditos asignados a tal fin".

Precisamente, para adaptarse a estas circunstancias, es por lo que se dictan las Ordenes Generales 37/97 y 1/98 y la Circular 1/98. Efectivamente, a raíz de la Orden General núm. 37/97 de 23 de septiembre, que en su art. 5.1 establece "el número de horas de servicio será de 37 y media semanales, en cómputo mensual. Cuando circunstancias extraordinarias obligan a superarlo, se gratificará el exceso dentro de los créditos presupuestarios disponibles", se estableció en la Circular 1/1998 de 6 de marzo, por un lado, la fórmula del cálculo del exceso de horas del servicio, a los solos efectos de su posible compensación mediante productividad; y por otro, la transformación de las horas nocturnas y las horas festivas en horas

ordinarias mediante la aplicación de los oportunos coeficientes, para su tramitación en ordinarias y posterior abono de estas si procede como exceso de horas. Pero eso sí, como se explica en la Exposición de Motivos de esta Circular, no se trata de retribuir horas extraordinarias, concepto laboral ajeno al régimen retributivo de la Guardia Civil, sino de determinar la cuantía de la gratificación, en modo proporcional al esfuerzo realizado, estableciéndose en la Disposición Transitoria la previsión de implantación de aplicación informática que recoja de forma global para cada persona los datos necesarios para efectuar el debido control sobre las horas del servicio y aplicación de las correspondientes coeficientes correctores a efectos de su posible compensación económica como exceso de horas.

Por otro lado, el inciso final del apartado 2.1 de la citada Circular prevé que la cuantía por exceso de horas se determine en función de las disponibilidades presupuestarias anuales.

De estas normas reglamentarias no resulta un derecho de retribución concreta por el número de horas en que se haya excedido; al contrario, la exposición de motivos deja claro que no estamos hablando de horas extras, sino de determinar la cuantía de la gratificación, en modo proporcional al esfuerzo realizado.

Resulta pues que en aplicación de esa normativa específica se ha optado por la retribución del exceso de horas de trabajo a través del complemento de productividad, opción que se acomoda a las exigencias legales, que resultan del art. 23 de la Ley 30/1984, particularmente en lo que es referido a los complementos de productividad, el específico, y a las gratificaciones por servicios extraordinarios.

Se ha de recordar que conforme al art. 23.3 de la Ley 30/1984, el complemento de productividad está destinado a retribuir, entre otros conceptos, el especial rendimiento y la actividad extraordinaria.

A su vez el complemento especifico es idóneo para retribuir las peculiaridades del puesto de trabajo, distribuyéndose en un complemento general y orto singular, lo cual no impide que la peculiaridad que supone la especialidad del servicio prestado en horas nocturnas, días festivos y otros similares sea abonada por vía del complemento de productividad.

En el art.4.3 del Real Decreto 311/1988, de 30 de marzo, de Retribuciones del Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se regula el complemento de productividad diciendo que "estará destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias no contempladas a través del complemento especifico, y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado de los mismos. Su cuantía individual se determinará por el Ministerio del Interior, dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad, y de acuerdo con las mismas normas establecidas para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública".

Con tal gratificación se persigue, como se dice en el Preámbulo de la Circular 1/98, determinar la cuantía de la gratificación de modo proporcional al esfuerzo individual realizado. Adecuación del complemento de productividad para retribuir el exceso de horario que es reconocida por el Tribunal Supremo que en sentencia de fecha 1 de junio de 1987, en relación a los incentivos de productividad, al establecer que corresponde a la Administración cuantificarlos "en

atención a ese rendimiento (superior al normal del trabajo), motivado también por la dedicación exclusiva, dedicación especial, prolongación de jornada, etc., además de la mayor cantidad de trabajo".

La STS de 30-1-98 señaló: "Hemos de añadir que la prestación del trabajo por el funcionario en jornada superior a la ordinaria, de manera continuada, no puede ser incluida entre las gratificaciones que menciona el apartado d) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, que únicamente permiten retribuir servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal, sin que tales gratificaciones puedan ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, por lo que los correspondientes servicios, que se remuneran con las aludidas gratificaciones, tampoco podrán reunir esas cualidades de fijos y periódicos en su prestación, como son los que se refieren a la prestación del trabajo en jornada de cuarenta horas semanales".

Sentencia que no hace sino recoger el criterio ya expuesto en otras anteriores dictadas en interés de Ley, por todas la de 30-4-94, que analiza un caso que guarda relación con el presente, relativo a las retribuciones de los miembros de las Fuerzas Armadas, llegando a la conclusión de que los servicios de oficial guardia de seguridad y oficial de cuartel no deben ser retribuidas como servicios extraordinarios.

En consecuencia, por medio del complemento de productividad se retribuye al funcionario en cuestión ese "exceso horario", por conllevar el mismo un mayor esfuerzo y dedicación, debiendo añadirse que no resulta de aplicación el Estatuto de los Trabajadores a las relaciones funcionariales, como expresamente determina su art. 1.3.a).

Respecto a que las previsiones tanto de la Orden General 1/98 como la Circular 1/98 pudieran vulnerar el principio de jerarquía normativa por ser contrarias al RD 311/1988 y al art. 23 de la Ley

30/1984, tal alegación no puede prosperar desde el momento en que aunque el principio de jerarquía normativa, elevado a rango constitucional por el artículo 9.3 de la Constitución, implica que la Administración no puede dictar Reglamentos contrarios a las Leyes, ni vulnerar los preceptos de otro de grado superior, lo cierto es que no se puede ignorar que las habilitaciones legales sirven de base para reconocer competencia a la hora de desarrollar las normas generales, y en este sentido se ha de recordar que el art. 6.4 de la Ley Orgánica 2/1986 establece que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "tendrán derecho a una remuneración justa, que contemple su nivel de formación, régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación y el riesgo que comporta su misión, así como la especificidad de los horarios de trabajo y su peculiar estructura".

Por ello, teniendo en cuenta que en el ámbito de la Guardia Civil, es el Director General el competente para la adopción de las normas tendentes a la distribución y asignación del complemento de productividad, resulta que tanto las Ordenes Generales 37/1997 y 1/1998 como la Circular 1/1998, dictadas en ejecución las competencias reconocidas al respecto por la ley 30/1984 y que son reiteradas sistemáticamente en cada Ley de Presupuestos Generales del Estado, en la medida en que lo que pretenden es concretar las cantidades a percibir en concepto de productividad por el exceso de horas realizado, una vez determinada la legalidad de la vía del complemento de productividad para retribuir dichos exceso de horas, resulta que no se puede decir que dichas Ordenes Generales vulneren el principio de jerarquía normativa.

Todas estas consideraciones han llevado a la desestimación de recursos similares al presente por entenderse, en suma, que no procedía la retribución de las horas prestadas por encima de la jornada

legal de trabajo como horas extraordinarias, rechazando que pudieran remunerarse como gratificaciones por servicios extraordinarios.

Y justifican que, también ahora, el pronunciamiento sea el mismo pues lo que interesa el actor es precisamente que se reconozca su derecho al cobro de las horas de exceso prestadas por encima de su jornada habitual en cuantía proporcional a su retribución mensual con carácter retroactivo y por períodos en los que se encontraba vigente la normativa expuesta.

CUARTO.- Lo que se acaba de argumentar es reflejo del criterio mantenido por esta Sección en aplicación del régimen retributivo anterior a la Orden General núm. 10 de 16 de junio de 2.006, sobre regulación del sistema de gestión del complemento de productividad y de retribución de los sobreesfuerzos realizados por el personal con motivo del servicio, la cual ha venido, como anticipábamos, a modificar el sistema anterior retribuyendo las horas de exceso al margen de la productividad y bajo el concepto de sobreesfuerzo que articula en dos modalidades, una relacionada con la prestación de servicio en días festivos y horario nocturno y otra, que sería la aquí controvertida, para compensar lo que denomina superación del tiempo de servicio de referencia.

Esta segunda modalidad se regula en el artículo 12, al que ha dado nueva redacción la Orden General de 29 de diciembre de 2006, y en el que se dispone, bajo la rúbrica "Sobreesfuerzo por superación del tiempo de servicio de referencia", lo siguiente: "Este sobreesfuerzo se retribuirá en los mismos casos y circunstancias que los establecidos en el primer párrafo del artículo anterior, referido a la prestación del servicio en días festivos y horario nocturno. Será retribuida la superación del

tiempo de servicio de referencia del personal de la Guardia Civil que se produzca en los periodos trimestrales comprendidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año. El esfuerzo de referencia será de 37,5 horas semanales, las cuales se computarán mensualmente. El saldo mensual resultante de la diferencia entre el esfuerzo de referencia del mes y el tiempo de servicio efectivamente prestado, medido en horas reales, se acumulará y, en su caso, compensará, a lo largo del período trimestral que corresponda. Si al último día de cada trimestre el saldo fuera positivo dará lugar a la retribución regulada en el presente artículo y si fuera negativo no tendrá repercusión económica para el interesado. En los casos de reducción del tiempo de servicio, el esfuerzo de referencia se reducirá en la misma proporción que aquél en los días en los que se haya concedido dicha reducción. Las definiciones y la fórmula de cálculo necesarias para la gestión de esta retribución son las reflejadas en el anexo V de las presentes normas. La superación en horas reales del tiempo de servicio de referencia deberá quedar documentalmente justificada por el mando que nombró el servicio que dio lugar a dicha superación".

El sistema trazado por esta norma difiere sustancialmente del anterior en la medida en que sustrae de forma expresa el abono de las horas de exceso o sobreesfuerzo por superación del tiempo de referencia al concepto de productividad.

En efecto, esa separación se refleja ya en la propia denominación de la Orden, que lleva por rúbrica "Regulación del sistema de gestión del complemento de productividad y de retribución de los sobreesfuerzos realizados por el personal con motivo del servicio", sugiriendo que se contemplan dos conceptos retributivos diferentes; se advierte también en su preámbulo, el cual señala que el complemento de productividad se ha articulado en tres tipos (estructural, funcional y por objetivos),

mientras que los sobreesfuerzos derivados de la prestación del servicio se articulan en otras dos modalidades, prestación de servicio en días festivos y horario nocturno, por una parte, y superación del tiempo de servicio de referencia, por otra, incidiendo en esa diferenciación; que queda además reflejada en la sistemática de la norma, la cual rubrica su capítulo I "De la productividad" y el Capítulo II "De la retribución de los sobreesfuerzos derivados de la prestación del servicio".

La regulación concreta de productividad y sobreesfuerzos es distinta y además la norma autoriza su compatibilidad con la limitación que al efecto establece el artículo 6.5 en relación con la productividad estructural y los sobreesfuerzos derivados de la prestación del servicio.

Y es que complemento de productividad y exceso horario son a partir de la entrada en vigor de la Orden de 16 de junio de 2006 -1 de julio de 2006, de acuerdo con lo previsto en su Disposición Final Única, con la salvedad que la misma indica- retribuciones cualitativamente diferenciadas, con una regulación propia y particularizada que se contiene en su articulado y se desarrolla en sus Anexos.

Por ello resulta sorprendente que la misma Dirección General de la Guardia Civil que elaboró y aprobó esta Orden deniegue mediante la Resolución que aquí se impugna de fecha 29 de agosto de 2.007 el abono de las horas de exceso reclamadas por el actor aduciendo como causa fundamental que ya le han sido retribuidas bajo el concepto de productividad.

En efecto, las Resoluciones de 2.007, contra las cuales se dirige el recurso contencioso-administrativo que dieron origen a este proceso, y a pesar de que la reclamación se extendía también a un período en el que ya se encontraba en vigor la orden General núm. 10 de 2006, ni siquiera la mencionan, reconduciendo la petición al complemento de

productividad. Nada dice de la nueva definición de los sobreesfuerzos por superación del tiempo de referencia, y desde luego, ignora absolutamente su "compensación mediante la gratificación de servicios extraordinarios" en los términos literales en que se pronuncia el Anexo V. Olvida la elaborada fórmula de cálculo que en dicho Anexo se contiene y resuelve, en fin, con la fórmula general reiterada en otros muchos recursos invocando el principio de legalidad que inspira el sistema de retribuciones y en el que parece que no incluye su propia regulación del exceso horario.

Tampoco la contestación del Abogado del Estado aborda esta cuestión, ni menciona siquiera la norma, y por el contrario insiste en la retribución vía productividad, manteniendo que los servicios prestados fuera de la jornada normal por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se sustraen al ámbito propio de las gratificaciones por servicios extraordinarios, en abierta contradicción con el mencionado Anexo V de la Orden de 16 de junio de 2006 y con la referencia literal que en el mismo se hace a esa clase de gratificaciones.

Conclusión obligada de todo ello es que el recurso debe ser parcialmente estimado pues no puede mantenerse la legalidad de unas Resoluciones contrarias a la regulación actual de las horas de exceso la cual resulta aplicable, en razón al período reclamado, a una parte de la pretensión de los recurrentes –los servicios realizados a partir del 1 de julio de 2.006-.

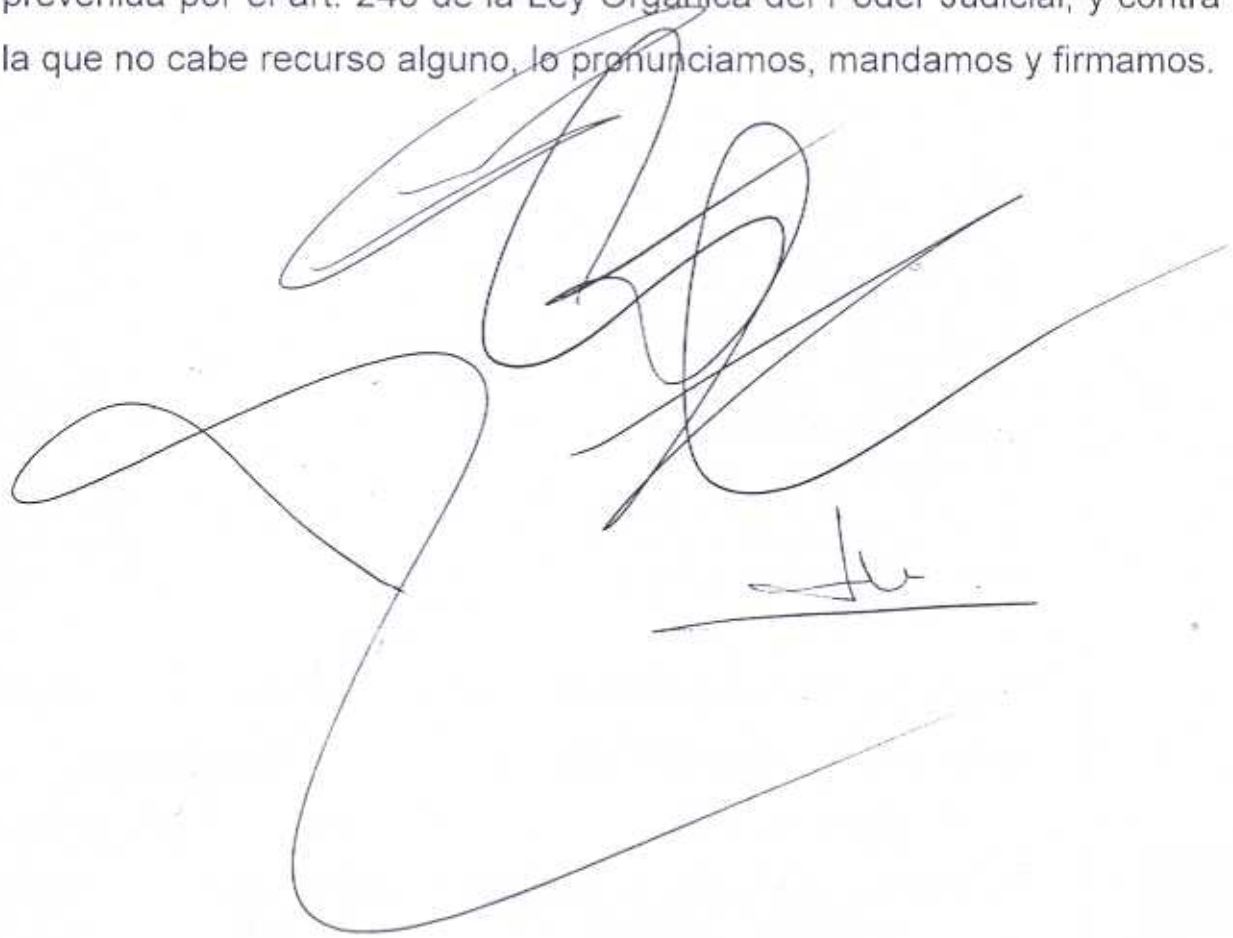
QUINTO.– No se aprecian motivos que, a la vista de lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justifiquen una especial imposición de las costas causadas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 74(promovido por el Procurador D. JAVIER FREIXA IRUELA, en nombr representación de

contra las Resoluciones del Director General de la Guardia Civil de varias fechas de 2.007 por las cuales se desestimaron sus peticiones sobre abono con carácter retroactivo de todas las horas de exceso generadas en el periodo que mencionan y cuantificadas conforme a las

reglas de valoración que igualmente expresan, debemos anular y anulamos dichas Resoluciones por no ser ajustadas a Derecho en relación a las retribuciones que por el concepto reclamado hubieran devengado los actores a partir del 1 de julio de 2006, confirmándolas en cuanto a las anteriores a dicha fecha. Reconociendo el derecho que asiste a los recurrentes a que se calculen en la forma prevista por la Orden General del Cuerpo núm. 10, de 16 de junio de 2006, las horas de exceso sobre el horario normal que hubieran realizado a partir del 1 de julio de 2006, con abono en su caso de las cantidades que procedan en concepto de sobreesfuerzo por superación del tiempo de servicio de referencia y de los intereses legales que las mismas hubieran devengado. Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.