



Roj: **STS 7278/1994** - ECLI: **ES:TS:1994:7278**

Id Cendoj: **28079130011994111406**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/1994**

Nº de Recurso: **56/1992**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO ORDINARIO**

Ponente: **MELITINO GARCÍA CARRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Visto ante la Sección anotada al margen de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el recurso de CASACION interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico de la Administración de la COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS contra la sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 13 de mayo de 1992 dictada en recurso nº 217/92, en relación con el Decreto 22/1991, del 21 de febrero, sobre indemnización por razón de servicio; en el que es parte apelada el Sindicato Insular de la Administración Pública de Comisiones Obreras, que no ha comparecido en las actuaciones de esta casación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Sindicato demandante en la instancia dirige su pretensión impugnatoria contra el Decreto 22/1991, de 21 de febrero, del Gobierno de Canarias, por el que se modifica el Decreto 124/1990, de 29 de junio, sobre indemnizaciones por razón del servicio, adoptado unilateralmente por la Administración autonómica y sin que haya sido sometido previamente a la Mesa de Negociación, por lo que entiende vulnerado lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 9/1987, de 12 de junio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, así como lo previsto en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En relación con dicha pretensión la sentencia dictada contiene el siguiente Fallo: <<estimamos el recurso formulado y anulamos el acto recurrido por no ser ajustado a derecho; sin costas>>.

SEGUNDO.- Presentado escrito de preparación de recurso de casación contra dicha sentencia por la Letrada del Servicio Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Sala lo tuvo por preparado en resolución de 29 de mayo de 1992, ordenando la remisión de las actuaciones y el emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo, en la que ha comparecido en tiempo y forma la parte apelante formalizando escrito de interposición del recurso de 6 de julio de 1992, no habiéndose personado la representación de la parte apelada.

La Sala resolvió la admisión del recurso por providencia de 25 de mayo de 1993 y continuado el procedimiento por sus trámites, sin celebración de vista, fue señalado el dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro para votación y fallo en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Fallo de la sentencia recurrida, acorde con los pedimentos y la fundamentación jurídica de la demanda, declara la nulidad del Decreto 22/1991, de 21 de febrero, por el que se modifica el Decreto 124/1990, de 29 de junio, ambos de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, sobre indemnizaciones por razón del servicio.



El motivo de la innovación legislativa operada a través del Decreto 22/1991 se debe, según explica el preámbulo, a que el precitado Decreto 124/1990, <<...no contempla la indemnización por asistencia y servicios singulares que fuera del horario normal de trabajo e incluso fuera de todo horario formal realizan determinados funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias en orden de policía, vigilancia y protección de la riqueza forestal del Archipiélago y preferentemente a la prevención y extinción de incendios en los bosques". Estos servicios, -añade-, se prestan durante la época de mayor peligro de incendio, que en parte coincide con la temporada estival, y se concretan en el deber de localización permanente del personal; (sin límite de horarios), en la prestación de turnos rotativos de vigilancia por comarcas, fuera de los términos municipales propios; en servicios de guardia y retén de veinticuatro horas de duración y, por supuesto, en la asistencia a las labores de extinción de incendios donde y cuando se produzcan. La importancia y especiales características de estas prestaciones hacen aconsejable incluirlas dentro de aquellos servicios que revisten la condición de singularmente indemnizables o compensables>>.

En consonancia con los criterios precedentemente expuestos el texto de la Disposición Adicional 4ª, incorporada al Decreto modificado por el que aquí es objeto de controversia, establece que <<...dará origen a indemnización o compensación la prestación de asistencia y servicios singulares que realice el personal adscrito a las tareas de vigilancia y extinción de incendios durante la época de máximo peligro de incendios y que se concretan en labores de guardias y retén; de vigilancias por comarcas fuera de los términos municipales propios, de veinticuatro horas de duración; deber de localización permanente y asistencia a la extinción de incendios>>. Y, bajo el epígrafe de Anexo VI, se relacionan las cuantías de las indemnizaciones correspondientes a las diferentes variedades de servicios singulares del personal funcionario adscrito a las tareas de prevención, vigilancia y extinción durante la época de peligro de incendios.

SEGUNDO.- Para el Tribunal sentenciador <<resulta claro, por tanto, que dicho Decreto está regulando materias de índole económica (en cuanto que las indemnizaciones constituyen uno de los conceptos retributivos que corresponden a los funcionarios públicos) y, además, que afectan a las condiciones de trabajo; (en cuanto que establece determinados servicios con fijación incluso de horario hasta de veinticuatro horas de duración); materias que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.k) de la Ley citada, -alude a la ley 9/1987, de 12 de junio-, deben ser objeto de negociación, por lo que, como no consta que ésta se haya efectuado y ni siquiera se indica en la contestación a la demanda que haya tenido lugar, resulta clara la vulneración de dicho precepto en la elaboración del Decreto recurrido, lo que determina su nulidad y la estimación del recurso>>.

TERCERO.- El escrito de interposición del recurso de casación se ampara en el nº 4º (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate) del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, invocando a este efecto el artículo 23 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, del que se destaca su carácter de norma básica del régimen estatutario y sirve para dos órdenes de consideraciones:

I) En primer lugar, a través de un análisis de los conceptos incorporados al citado artículo 23 de la Ley y de lo que denomina la recurrente "interpretación contextual" de sus apartados, se establecen las siguientes conclusiones: A) Que no ostenta la condición de retribución, ni básica ni complementaria, las indemnizaciones por razón de servicio recogidas en el cuestionado Decreto 22/91; B) que su naturaleza jurídica es identificable, por vía analógica, acudiendo al Decreto 2380/73, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario, que regula las retribuciones del trabajo por cuenta ajena, en cuya disposición se excluyen del concepto legal de salario, en el artículo 3.a), las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral; C) que tal como vienen definidas en el apartado 4 del artículo 23 de la repetida Ley son percepciones que no revisten carácter periódico, <<...debiendo, por tanto, ser establecidas por la Administración, sin que se pueda exigir negociación alguna puesto que al quedar fuera el concepto de salario, consecuentemente no afecta a las condiciones de trabajo que en modo alguno se ven alteradas por las indemnizaciones establecidas en el Decreto...>>.

II) En una segunda consideración, el recurrente mantiene la tesis de que <<la materia objeto de la controversia ha de englobarse en el ámbito de las potestades organizativas (...) resultando en consecuencia expresamente vulnerado el artículo 34 en su ordinal primero de la ley 9/87, de 12 de junio, en cuanto establece que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas>>.

Toda la argumentación de la Comunidad Autónoma recurrente reconduce, en definitiva, a insistir en la no obligatoriedad de la negociación o la consulta sindical para la elaboración de la normativa cuestionada, habida cuenta del carácter no salarial de las indemnizaciones y compensaciones económicas a que se contrae su contenido y a que de dicha materia concierne al ámbito específico exclusivo de las potestades de organización de su Administración. A esta conclusión se llega, no obstante, en virtud de una exégesis excesivamente



restrictiva, tanto del contenido de la normativa cuestionada como de los preceptos de la ley 9/1987, que regulan la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

CUARTO.- La participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, realizada por éstos a través de las organizaciones sindicales a las que legalmente se reconoce capacidad representativa, se realiza en la Ley a través de dos modalidades la de negociación y la de consulta. La negociación es el instrumento principal y el repertorio de materias negociables, nominalmente muy extenso, se halla contenido en el artículo 32 de la ley 9/1987, cuya forma imperativa, ("será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...") , sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración; (art. 35, pº,3º y 37.2 Ley); y, consiguientemente la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del Organismo autor de la norma (art. 47 LPA y 51 ley 30/92).

El segundo instrumento de participación, -el de consulta-, juega a partir del límite legal impuesto a la obligatoriedad de la negociación que excluye, <<en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus facultades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos>>, si bien, << cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos...>> (Art. 34 ley 9/1987). La forma imperativa, igualmente utilizada para esta segunda modalidad, ("procederá la consulta...") no obstante su menor intensidad participativa en relación con la "negociación", mantiene inalterable su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de subsanación a posteriori.

QUINTO.- Volviendo ahora a la norma cuestionada, (Decreto autonómico canario 124/90), parece evidente que la asunción por el funcionario del deber de estar localizable permanentemente en las veinticuatro horas del día; la imperatividad de prestación de turnos rotativos de vigilancia de mayor extensión que el de su ámbito funcional propio o de la adscripción a servicios de guardia y retén de veinticuatro horas de duración, suponen en todos los casos importantes complementaciones ampliatorias del contenido prestacional de los deberes funcionariales. Y es igualmente evidente que las cantidades percibidas por tales servicios, cualquiera que sea su denominación, ("indemnizaciones", compensaciones", etc.), ofrecen un esencial carácter remuneratorio por la mayor duración, dedicación o esfuerzo que tales servicios comportan respecto de las obligaciones de la jornada ordinaria. La alusión al Decreto 2380/1973, de ordenación de las retribuciones del trabajo por cuenta ajena en el sector laboral esta fuera de lugar y carece de base analógica.

SEXTO.- No puede aceptarse, por tanto, la tesis de que la materia objeto de regulación en el repetido Decreto concierne al ámbito reservado de las potestades de organización de la Administración autonómica y, menos aún, que su validez puede fundarse en el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en cuanto atribuye a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas la facultad de establecer en sus respectivos ámbitos las condiciones de trabajo, tal como sostenía la Administración apelante en la contestación a la demanda.

En su sentido más amplio todo lo que afecta al nacimiento, desarrollo o extinción de la relación funcional se mueve en el ámbito de las potestades de organización de la Administración Pública correspondiente y, de hecho, el sistema imperante hasta la promulgación de la ley 9/1987 podía respaldar esta interpretación. Sin embargo, una vez en vigor dicha Ley la definición de las referidas potestades tiene ya que establecerse segregando de su núcleo el catálogo de materias que, con arreglo a la Ley, serán objeto, obligatoriamente, de "negociación" o de "consulta". Por otra parte, la potestad reservada a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas en el artículo 37.2 que invocaba la representación procesal de la Administración demandada, queda sujeta a un doble condicionamiento: que no se haya producido acuerdo en la negociación o que se denegase la aprobación expresa y formal del Acuerdo alcanzado en el seno de la Mesa de Negociación.

En el caso aquí debatido, no cabe duda que el Decreto impugnado regula directamente extremos concretos de las condiciones de trabajo del personal funcionario a que se refiere el artículo 32.k) de la ley 9/1987. Y que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 37.2 de la misma Ley se ha realizado vulnerando los condicionamientos legales impuestos a dicho ejercicio, pues resulta obvio que cualquiera de los dos supuestos (que no se produzca acuerdo en la negociación o que el Acuerdo alcanzado no sea refrendado por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración), presupone por definición la existencia previa de una negociación, real o intentada, y no puede extenderse a la omisión deliberada de dicho trámite, en cuyo evento la norma en cuestión resulta afectada por la causa de nulidad anteriormente analizada.



SEPTIMO.- Dados los términos del artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción, es procedente la imposición de las costas de este recurso de casación a la Administración recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación promovido por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 13 de mayo de 1992, dictada en recurso nº 217/92; en relación con la declaración de nulidad del Decreto 22/1991, de 21 de febrero, sobre indemnizaciones por razón del servicio; con imposición de costas a la Administración recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Melitino García Carrero, en Audiencia Pública celebrada el mismo día de su fecha, de lo que como Secretario de la misma, Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS