

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0000083/2018
Tipo de Recurso: APELACION
Núm. Registro General : 00257/2018
Apelante: FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE
COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO)
Apelado: MINISTERIO DEL INTERIOR
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARGARITA

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:
D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. JESÚS N. GARCÍA PAREDES
D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO
D^a. MARGARITA PAZOS PITA

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto los recursos de apelación número 83/2018, interpuestos por la **Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO.)**, representada por la procuradora de los tribunales D^a. María Jesús y asistida por el letrado D. Antonio y por la **Agrupación de los**

Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), representada por la procuradora de los tribunales D^a. Isabel y asistida por el letrado D. José Luis contra la sentencia de 19 de abril de 2018, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2 en el procedimiento abreviado número 134/2017. Ha sido parte apelada la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por las representaciones procesales de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras se interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos contra las Resoluciones del Secretario General de Instituciones Penitenciarias de fecha 23 de noviembre de 2017 sobre asignación del complemento de productividad en el Programa “Servicios Periféricos, personal directivo y predirectivo” y en el Programa de productividad de Servicios Centrales de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

Turnados los recursos a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo números 2 y 11, respectivamente, dando lugar a los procedimientos abreviados números 134/2017 y 148/2017, por la procuradora de los tribunales D^a María Jesús , en la representación que tiene acreditada, se solicitó la acumulación al primero de ellos del recurso tramitado ante el Juzgado Central nº 11, lo que se acordó, previos los trámites oportunos, por Auto de fecha 16 de enero de 2018, requiriéndose a dicho Juzgado la remisión de sus actuaciones, lo que se produjo tras aceptarse por el mismo el requerimiento de acumulación.

Previos los trámites que constan en las actuaciones, el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 dictó sentencia de 19 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: “*FALLO: Desestimar como desestimo el recurso contencioso-administrativo deducido por las procuradoras D^a*

Isabel y D^a María Jesús en nombre y representación de la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, frente a las resoluciones del Secretario General de Instituciones Penitenciarias, dictadas por delegación del Ministro del Interior, de 23 de noviembre de 2017, por las que se aprueba el abono de la productividad a consignar en la nómina del mes de diciembre 2017, para el personal directivo y pre-directivo los Servicios Periféricos, que se indica, y para los funcionarios de los Servicios Centrales, y en su virtud absuelvo a la Administración de las pretensiones deducidas frente a la misma, y con imposición de las costas a las recurrentes”.

Notificada dicha Sentencia a las partes, por las demandantes se han interpuesto sendos recursos de apelación, a los que se ha opuesto la Administración demandada.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnadas a esta Sección, para votación y fallo se señaló el día 20 de noviembre de 2018, en el que así ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se dirige contra la sentencia de 19 de abril de 2018, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2 en el procedimiento abreviado número 134/2017, que desestima los recursos contencioso-administrativos deducidos contra las Resoluciones del Secretario General de Instituciones Penitenciarias de fecha 23 de noviembre de 2017 sobre asignación del complemento de productividad en el Programa “Servicios Periféricos, personal directivo y predirectivo” y en el Programa de productividad de Servicios Centrales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Dicha Sentencia razona, entre otros extremos, que (...):

«Como resulta de la Instrucción 9/1997, de 13 de junio, modificada por la instrucción 4/1999, de 25 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, son varios -hasta siete- los programas de productividad de los funcionarios de la Administración Penitenciaria, entre los que se encuentran aquellos en relación a los cuales se han dictado las dos resoluciones en cuestión, los relativos a los Servicios Centrales y a los Servicios Periféricos, es decir, a los centro penitenciarios.

En cuanto a los primeros, el apartado 1.1 párrafo segundo de la Instrucción dispone que cuando existan circunstancias directamente relacionadas con el desempeño del puesto de trabajo, que así lo aconsejen, la Dirección General podrá reconocer el complemento de productividad a los funcionarios que prestan servicio en su Sede Central que no lo perciban de manera habitual, o en cuantías y límites diferentes a los establecidos con carácter general.

En cuanto a los funcionarios que presten servicios en los Servicios Periféricos, la Instrucción contempla en su apartado 2.1 párrafo último que cuando las circunstancias lo aconsejen y las disponibilidades presupuestarias lo permitan, la Dirección General podrá asignar el complemento de productividad a funcionarios distintos de los establecidos con carácter general –Director, Gerente (Centro Hospitalario), Subdirectores, Administradores, Coordinador Territorial del OATTP, Jefes de Servicios Médicos y Jefes de Servicios– y en cuantías distintas de a las establecidas.

El apartado 2.3 final determina que por razones de disponibilidades presupuestarias y cuando las circunstancias lo aconsejen podrán ser modificadas las cuantías para determinados puestos de trabajo o para la totalidad de los mismos.

El artículo 37 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, sobre las materias objeto de negociación, dispone:

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

(...)

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

Quiere decir ello, en línea con las consideraciones de la Sra. Abogada del Estado, que la fijación de la cuantía del complemento de productividad no es objeto de negociación y que la determinación y aplicación del mismo se ha realizado por la Instrucción de referencia, cuya aprobación fue precedida de la negociación con los Sindicatos.

Sobre la competencia para la fijación del complemento de destino debe tenerse en cuenta además lo dispuesto por el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, precepto derogado por la disposición derogatoria única. b) del Estatuto Básico del Empleado Público, con el alcance y la vigencia establecidos en la disposición final 4 del mismo -2. Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto-.

Sobre la cuestión dispone el mismo:

(...) Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará en la Ley de Presupuestos. El responsable de la gestión de cada programa de gasto, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias determinará, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos, la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario. (Subrayado añadido)

No se entiende de lo expuesto que las resoluciones en cuestión hayan vulnerado el derecho a la negociación colectiva.

Cuestión diferente es que la Administración haya incurrido en alguna infracción al fijar la cuantía del complemento de productividad del personal de los Servicios Centrales y de los Servicios Periféricos, en atención a los reparos opuestos por las demandantes, lo que se tratará a continuación.

Cuestión diferente es que la Administración haya incurrido en alguna infracción al fijar la cuantía del complemento de productividad del personal de los Servicios Centrales y de los Servicios Periféricos, en atención a los reparos opuestos por las demandantes, lo que se tratará a continuación.(...).

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia se alza tanto la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, como la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias.

La citada Federación aduce sustancialmente que mantener la interpretación que acoge la Sentencia apelada implicaría que, en lo que respecta al objeto del presente proceso, la Instrucción 9/1997 estaría por encima de lo determinado en la Ley, vaciando de contenido la previsión de negociación colectiva que se establece en la misma. A lo que viene a añadir, entre otros extremos, que en tal Instrucción únicamente se determinan los distintos programas de productividad de los funcionarios de la Administración Penitenciaria, pero que es en las concretas instrucciones que se dictan cada año, según las disponibilidades económicas previstas en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en las que se “*determinan y aplican*” las concretas cuantías a abonar en concepto de productividad en ese ejercicio presupuestario.

Pero es más –dice-, ningún sentido tendría la previsión legal de negociar la determinación y aplicación de las retribuciones de los empleados públicos, que no solo quedó recogida en la redacción del artículo 32 de la Ley 7/1990, sino también en el Estatuto Básico del Empleado Público, tanto en la redacción original de la Ley 7/2007, como en el propio texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, si no se ha podido desarrollar dicho proceso de negociación desde 1997 y no se puede desarrollar negociación alguna con carácter anual respecto de los

fondos asignados para ese concepto en la correspondiente Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

Por ello considera que la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia es contraria al derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la forma legalmente establecida, y en relación a las materias fijadas en la Ley, siendo claro que una de ellas es la determinación y aplicación de las retribuciones de los empleados públicos, entre las que se encuentra el complemento de productividad, y, en concreto, el recogido en las resoluciones objeto del presente recurso.

Por su parte, la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias alega, en síntesis, que el complemento de productividad, con independencia de su naturaleza, ha de considerarse como una retribución salarial, disponiendo el artículo 37 del vigente Estatuto Básico del Empleado Público con meridiana claridad que la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios ha de ser objeto de negociación colectiva. Quiere ello decir que la Instrucción 9/1997, de 13 de junio, operando como marco general que regula los programas de productividad, no faculta a la Administración para asumir y ejecutar unilateralmente las prerrogativas contenidas en ella.

Dicho de otro modo –continúa-, las previsiones de sus apartados 1.1 y 2.1 no excluyen el necesario proceso de negociación colectiva, toda vez que asignar el sobrante aludido por las resoluciones impugnadas a determinados directivos en concepto de productividad constituye un ejercicio de determinación retributiva diferente al marco previsto por la Instrucción 9/1997. El hecho, pues, de que Administración y sindicatos negociaran los programas de productividad en el año 1997 no debe impedir que, veinte años más tarde, los mismos intervinientes negocien, según las vigentes reglas estatutarias, aspectos retributivos como el ahora discutido, por lo que, siendo clara la vulneración del derecho de libertad sindical, la sentencia debe ser revocada.

TERCERO.- La Administración demandada insta la desestimación de los recursos deducidos de adverso alegando, en esencia, que las resoluciones impugnadas se acomodan a lo que viene dado por la propia Instrucción 9/1997, que

fue negociada previamente a su aprobación con los sindicatos, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del TREBEP.

Del tenor literal de dicho precepto –dice- se deriva que Instituciones Penitenciarias sí que negoció con los sindicatos la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios cuando negoció con ellos la Instrucción 9/1997. Así, el alcance del artículo 37.1.b) se refiere a la negociación con los sindicatos para la determinación de programas de productividad, pero no supone que deba dárseles audiencia cada vez que se aplique el programa pactado por las partes, ya que ello supondría una imposibilidad efectiva al correcto funcionamiento de la gestión de personal, que constantemente está distribuyendo los complementos que resultan de los diversos programas de productividad. Es correcta, por tanto, la apreciación del Juzgador a quo cuando indica, en línea con lo expuesto por esta Abogacía del Estado en la vista celebrada el pasado 17 de abril de 2018, que “(...) *la fijación de la cuantía del complemento de productividad no es objeto de negociación y que la determinación y aplicación del mismo se ha realizado por la Instrucción de referencia, cuya aprobación fue precedida de la negociación con los Sindicatos.*”

No existe, por tanto, vulneración alguna al derecho de negociación colectiva a que se refiere el citado artículo del Texto Refundido por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Por otro lado, en cuanto a la argumentación desplegada por la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias respecto a que la Instrucción 9/1997 opera como marco general que regula los programas de productividad, pero no faculta a la Administración para asumir y ejecutar unilateralmente las prerrogativas contenidas en ella, señala la Abogacía del Estado que no puede compartir tal afirmación pues no existe fundamento jurídico alguno –ni se ha tratado de contrario de argumentar que así sea- que determine que no solo deban ser objeto de negociación las reglas de “determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios”, sino que también deba estar sujeta a una previa negociación la propia fijación concreta de las cantidades a otorgar a cada uno de éstos.

Es más –dice-, el propio Juzgador recuerda que también debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Asimismo, en cuanto a la crítica vertida por parte de la Federación de Servicios a la Ciudadanía, señala la Abogacía del Estado que dicha recurrente centra todos sus esfuerzos en aducir una supuesta nulidad de las resoluciones recurridas por estar viciada asimismo de nulidad la referida Instrucción 9/1997.

En particular alega que, si bien se apunta de contrario que la Administración demandada ha desnaturalizado el complemento de productividad con la regulación efectuada en las resoluciones recurridas hasta el punto de convertirlo en una retribución periódica, fija y objetiva, sin embargo lo cierto es que el objeto del procedimiento abreviado del que el presente recurso de apelación trae causa son las resoluciones de 23 de noviembre de 2017 por las que se aprueba el abono de la productividad de constante referencia, debiéndose hacer notar en este punto –dice- que la parte actora no basó su impugnación en vía judicial en que tales resoluciones no se ajustaran a la Instrucción 9/1997, ni tampoco en que ésta no fuera conforme a derecho, lo que se trata de introducir en vía de apelación y no puede tener acogida.

Aduce que la Instrucción 9/1997, al haber sido su aprobación posterior a un proceso de negociación sindical de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37 del TREBEP, es plenamente conforme a derecho, siendo precisamente las organizaciones sindicales posteriormente recurrentes las que se mostraron conformes con el contenido de las disposiciones de aquélla. Entre las mismas, destaca el párrafo segundo de su apartado 1.1 y el párrafo último del apartado 2.1, que son precisamente los que habilitan para la discutida asignación del complemento de productividad, sin referencia alguna a que sea necesaria, caso por caso, una ronda de negociaciones como se pretende hacer ver de contrario.

Por ello considera la Abogacía del Estado que no estamos ante un supuesto en el que la decisión administrativa de reparto del complemento de productividad se haya adoptado siendo ajena a todo proceso de negociación, como ocurre en el caso

de las sentencias invocadas por la parte actora en su recurso de apelación, sino que se ha adoptado en base a la posibilidad brindada por la Instrucción 9/1997.

Y a continuación se argumenta sobre la presunta falta de motivación de las resoluciones recurridas que también se aduce de contrario

CUARTO.- Así planteados los términos del debate, se ha de señalar que esta Sección ya se ha pronunciado sobre las concretas resoluciones administrativas impugnadas en el presente recurso en la reciente Sentencia de fecha 14 de noviembre del año en curso, dictada en el recurso de apelación nº 74/2018.

En dicho recurso, al igual que en el presente procedimiento, se planteó la vulneración por dichas resoluciones del derecho a la negociación colectiva, con infracción del artículo 37 del EBEP, por lo que, en consecuencia, se han de reproducir a continuación los razonamientos contenidos en la citada Sentencia.

Así, señalamos en la misma que:

“(…) Para la adecuada resolución del recurso se debe partir de lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone que: “Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.”

Por lo tanto, en primer lugar se ha de destacar que el precepto no se refiere a los programas de productividad, como alega la Administración demandada, por lo que no puede prosperar el alegato relativo a que el alcance del artículo 37.1.b) se refiere a la negociación con los sindicatos para la determinación de programas de productividad, cualquiera que sea su contenido. Antes al contrario, el precepto determina con claridad que serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance

que legalmente proceda en cada caso, “la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.”

En consecuencia, encontrándonos en el caso de autos en presencia de materia en principio sujeta a negociación, su ausencia solo puede justificarse bien por haber quedado dicha materia íntegramente delimitada por una negociación anterior, o por tratarse de cuestiones que si bien están relacionadas con el objeto de negociación, legalmente están excluidas de la misma.

Alega la Abogacía del Estado que Instituciones Penitenciarias sí que negoció con los sindicatos la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios cuando negoció con ellos la Instrucción 9/1997, de 13 de junio, que regula los diferentes programas de productividad de la Administración Penitenciaria.

Sin embargo, el examen de tal Instrucción -modificada por la Instrucción 4/1999, de 25 de febrero-, obrante en el expediente administrativo, en modo alguno permite estimar delimitada íntegramente en la misma la materia que nos ocupa, dados los amplios términos en que se pronuncia y el correlativo margen de apreciación a la hora de su concreción y aplicación.

En consecuencia, como acertadamente señala la Sentencia apelada, “debe considerarse que las resoluciones recurridas, en tanto suponen la individualización y aplicación para el año 2017 de los criterios generales sentados por la citada Instrucción 9/1997, determinando los puestos de trabajo que van a percibir el citado complemento y los criterios para su reparto, deberían haber sido precedidas por una negociación colectiva en la Mesa o Mesas correspondientes, con independencia del resultado de la negociación”

Esto es, en la Instrucción 9/1997 se recogen criterios generales sobre la asignación del complemento de productividad, cuya particularización y aplicación se produce en las resoluciones impugnadas hasta el punto de que, en relación con los Servicios Periféricos del Personal Directivo y Pre-Directivo, en tales resoluciones se excluye de la percepción del citado complemento a los Coordinadores Territoriales del D.A.T.P.P., Jefes de Servicios Médicos y Jefes de Servicio.

No constituye obstáculo a la conclusión expuesta la invocación del artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, pues, al margen de cualquier otra consideración, en el caso de autos no estamos en presencia de la determinación de la “cuantía individual” que corresponda, en su caso, a cada

funcionario, sino, como ya se ha expuesto, de la particularización e individualización de unos criterios generales contemplados en la Instrucción 9/1997, de 13 de junio, con determinación de los puestos de trabajo que van a percibir el citado complemento y los criterios para su reparto.

No se trata, por lo tanto, de que las resoluciones recurridas se ajusten o no a las previsiones de la mentada Instrucción, sino de que suponen, dentro de sus amplias y generales previsiones, la particularización y aplicación de la retribución complementaria en cuestión, razón por lo que no se puede pretender eludir la negociación so pretexto de un eficaz funcionamiento de la Administración.”

Por lo tanto, los anteriores pronunciamientos resultan plenamente aplicables al caso de autos y han de determinar, sin necesidad de ninguna otra consideración, la estimación de los recursos de apelación interpuestos y, como se pretende por las recurrentes, la declaración de nulidad de pleno derecho de las resoluciones impugnadas –artículo 47.1.a) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-, con la consiguiente estimación de los recursos contencioso-administrativos deducidos por aquéllas.

A lo que se ha de añadir que, no obstante las alegaciones de la Abogacía del Estado, la Federación de Servicios a la Ciudadanía no aduce la nulidad de la Instrucción 9/1997, limitándose a señalar que la Administración demandada ha desnaturalizado el complemento de productividad con la regulación efectuada en las resoluciones recurridas, pero sin articular motivo de nulidad alguno en relación con la primera.

En consecuencia, y en virtud de lo expuesto, la Sentencia apelada ha de ser revocada.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes procesales, en ninguna de ambas instancias.

Por todo lo expuesto

FALLAMOS

ESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de la **Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras y la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias** contra la sentencia de 19 de abril de 2018, dictada por el Magistrado Juez del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 2 en el procedimiento abreviado número 134/2017, que se revoca y, en su lugar, **ESTIMAR** los recursos contencioso-administrativos deducidos contra las Resoluciones del Secretario General de Instituciones Penitenciarias de fecha 23 de noviembre de 2.017, que se declaran nulas de pleno derecho.

Sin hacer expresa imposición de costas a alguna de las partes procesales en ninguna de las dos instancias, y con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Recursos: La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la

constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma acostumbrada, de todo lo cual yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.