

R. CASACION núm.: 2616/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 4ª

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1054/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2616/2019, interpuesto por la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia n.º 114/2019, de 8 de febrero, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso n.º 366/2017, sobre resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 8 de marzo de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra el informe del Área de Retribuciones de la División de Personal, de 30 de septiembre de 2016, relativa a la compensación durante las vacaciones anuales de la cantidad que perciben los funcionarios por prestar servicios en turnos rotatorios.

Se ha personado, como recurrida, la Unión Federal de Policía, representada por la procuradora doña Amparo Ramírez Plaza y defendida por la letrada doña Ana Belén Palencia Zárate.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 366/2017, seguido en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 8 de febrero de 2019 se dictó la sentencia n.º 114, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO

Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora doña Amparo Ramírez Plaza, en nombre y representación de la Unión Federal de Policía, contra la resolución (...) de la Dirección General de la Policía de fecha 8 de marzo de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra el informe emitido por el Área de Retribuciones de la División de Personal, de fecha 30 de septiembre de 2016, y con anulación de la resolución recurrida por no ser conforme al ordenamiento jurídico se declara el derecho de los funcionarios que prestan servicios en turnos rotatorios, a percibir el importe de la compensación correspondiente durante el mes de vacaciones anuales. Sin costas».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación, el Abogado del Estado, que la Sala de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados el Abogado del Estado, en representación de la Administración, como parte recurrente, y la procuradora doña Amparo Ramírez Plaza, en representación de la Unión Federal de

Policía, como parte recurrida, por auto de 13 de noviembre de 2019 la Sección Primera de esta Sala acordó:

«1º) Admitir el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 8 de febrero de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los autos del procedimiento ordinario nº 366/2017.

2º) Precisar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son: si la cuantía que perciben los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía por turnicidad ha de considerarse un complemento o una gratificación a efectos retributivos y, por ello, si ha de incluirse, o no, dentro del concepto de "vacaciones anuales retribuidas", de modo que el disfrute de vacaciones no pueda acarrear una discriminación de las retribuciones que con carácter habitual viene percibiendo el funcionario.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el artículo 68 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos».

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Cuarta, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

QUINTO.- Por escrito de 26 de noviembre de 2019, el Abogado del Estado formalizó el recurso interpuesto, alegando la vulneración por la sentencia recurrida de lo establecido en el artículo 68 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, y el artículo 7 de la

Directiva 2003/88/CEE, así como la doctrina de este Tribunal Supremo y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Solicitando a este Tribunal que:

«1.- Declare que el complemento por turnos rotatorios, percibido por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, es una gratificación a efectos retributivos, que como tal no puede incluirse dentro del concepto de “vacaciones anuales retribuidas”, de manera que no será percibido en periodo de vacaciones.

2.- Revoque la sentencia recurrida y desestime el recurso contencioso administrativo».

Y que, tras la tramitación pertinente dicte sentencia por la que se revoque la recurrida, se desestime el recurso contencioso administrativo y se declare la doctrina anteriormente expuesta.

Por otrosí digo manifestó que “dado lo bien delimitado de la cuestión planteada no se considera necesaria la celebración de vista pública”.

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido, la procuradora doña Amparo Ramírez Plaza, en representación de la Unión Federal de Policía, se opuso al recurso por escrito de 24 de enero de 2020, en el que solicitó a la Sala que

«tras la tramitación pertinente declare que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 8 de febrero de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo nº 366/2017».

Por otrosí, dijo que “dado el pronunciamiento reciente sobre la cuestión de fondo, no se considera necesaria la celebración de vista pública”.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 2 de junio de 2020 se señaló para votación y fallo el día 14 de julio siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- En la fecha acordada, 14 de julio de 2020, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

La sentencia n.º 114/2019, de 8 de febrero, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso n.º 366/2017 interpuesto por la Unión Federal de Policía contra la resolución de la Dirección General de la Policía de 8 de marzo de 2017, desestimatoria de su alzada contra el informe del Área de Retribuciones de la División de Personal de 30 de septiembre de 2016, relativa a la compensación durante las vacaciones anuales de la cantidad de 120€ mensuales percibida por prestar servicio en turnos rotatorios.

Según la Administración, que fundamentaba su posición en la Instrucción de los Subdirectores Generales Operativo y de Recursos Humanos de 22 de marzo de 1998 y en el acuerdo de 11 de diciembre de 2003 sobre devengo de la compensación por turnos rotatorios, durante el mes de vacaciones, al no prestar servicios, no procedía esa compensación a la que, además, negaba el carácter de concepto retributivo y consideraba una gratificación de carácter excepcional, que ni es fija en su cuantía ni periódica en su devengo y se percibe únicamente cuando, dentro de un mes, se completan todas las noches correspondientes. Es decir, sólo la percibiría el personal que efectivamente realizara los cinco turnos señalados en el acuerdo

Administración-Sindicatos Policiales de 27 de febrero de 1996 a lo largo de un mes completo.

Aquel acuerdo de 11 de diciembre de 2003 preveía que desde el 1 de enero de 2004 se pagarían 90€ mensuales a todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que de forma habitual realizaran su trabajo en la modalidad de turnos rotatorios completos, es decir de cinco turnos al mes. La Administración invocaba, además, la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1996 que encuadraba en el artículo 23.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública, el complemento durante las vacaciones.

La sentencia de instancia, si bien no tiene duda de que la Instrucción y el acuerdo apuntan a que la compensación controvertida no se abona en los períodos de vacaciones, reconsiderando el criterio observado previamente por la Sección Séptima de la Sala de Madrid, en virtud del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, concluye que también durante las vacaciones se tiene derecho a percibir esa compensación.

Explica esta conclusión la sentencia indicando, en primer lugar, la proximidad conceptual existente entre esta compensación y el complemento específico singular que retribuye las condiciones particulares del puesto de trabajo por su carácter fijo, su regularidad y su objetividad. Esos rasgos, dice, impiden calificarla como gratificación extraordinaria y, del mismo modo, excluyen asimilarla a un complemento de productividad. Añade que el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de entenderse en el sentido de que se opone a que en las vacaciones anuales solamente se retribuya al trabajador con su salario base y no, también, con los complementos, de manera que esa retribución habrá de calcularse en correspondencia a la que es normal [sentencia Williams y otros, EU: C:2011:588, apartado 21)], pues en vacaciones se le ha de satisfacer un salario comparable al de los períodos de trabajo [sentencias

Robinson-Steele y otros, EU:C:2006:177, apartado 58, y Schultz-Hoff y otros, EU:C:2009:18, apartado 60)].

Por eso, la sentencia ahora recurrida terminó así:

«De acuerdo con esa jurisprudencia, encerrada en breves palabras, y dada la proximidad conceptual de la compensación por turnos rotatorios con el complemento específico singular (destinado a retribuir las condiciones particulares del puesto) y, en cualquier caso, quedando fuera de dudas la regularidad, objetividad y carácter fijo y ordinario en la percepción de la compensación, ha de aplicarse el régimen correspondiente a las retribuciones complementarias, fijas y periódicas. Y de esa conceptualización, o si se quiere, de la equivalencia de la compensación con las retribuciones ordinarias, y a la vista de la jurisprudencia citada, la solución no es otra sino que no puede prescindirse de la compensación en el periodo vacacional, lo que determina la estimación del recurso».

En consecuencia, estimó el recurso, anuló la actuación administrativa impugnada y declaró el derecho de los funcionarios que prestan servicios en turnos rotatorios a percibir el importe de la compensación correspondiente durante el mes de vacaciones anuales.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El auto de la Sección Primera de 13 de noviembre de 2019 que ha admitido a trámite este recurso de casación ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tal como se ha señalado en los antecedentes, en determinar:

«si la cuantía que perciben los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía por turnicidad ha de considerarse un complemento o una gratificación a efectos retributivos y, por ello, si ha de incluirse, o no, dentro del concepto de “vacaciones anuales retribuidas”, de modo que el disfrute de vacaciones no pueda acarrear una discriminación de las retribuciones que con carácter habitual viene percibiendo el funcionario».

También, se ha dicho en los antecedentes, identificó como preceptos sobre los que ha recaer nuestra interpretación el artículo 68 del Decreto

315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE.

En sus razonamientos jurídicos, este auto explica que ya en el recurso de casación n.º 101/2019 se apreció el interés de esta misma cuestión relativa, en definitiva, a si el concepto de vacaciones retribuidas puede acarrear o no una discriminación de las retribuciones percibidas habitualmente por los funcionarios.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición del Abogado del Estado.

Sostiene que la sentencia de instancia infringe el artículo 68 del Decreto 315/1964 y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, así como la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Considera que la cuestión que suscita interés casacional ya fue resuelta por esta Sala en la sentencia de 3 de mayo de 1996 (casación en interés de la Ley n.º 4739/1993), que declaró que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no tienen derecho a percibir, durante el período de disfrute de la vacación anual reglamentaria, la gratificación por su trabajo a turnos. Para el Abogado del Estado, el complemento de turnicidad se encuentra vinculado a la realización de una determinada actividad, consistente en el desempeño del puesto de trabajo en régimen de turnos, por lo que no se devengará cuando no se produzca tal desempeño de forma efectiva. Se trata, concluye, de una gratificación vinculada a la realización de una determinada actividad, de manera que no persiste el derecho a percibirla cuando no se presta el servicio, como sucede con las vacaciones anuales.

Subraya, además, que el concepto de la retribución por turnos rotatorios no ha variado desde que se dictó por esta Sala la sentencia de 3 de mayo de 1996, cuyos efectos vinculantes conforme al artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción recuerda. Y que no se trata de mantener la integridad salarial en términos absolutos en vacaciones, sino de delimitar cuáles son las

retribuciones ordinarias y deben ser conservadas. Por eso, entiende que el debate aquí es diferente al que se suscitó respecto del mantenimiento de las retribuciones de los representantes sindicales al que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 30/2000 y 43/2001.

B) El escrito de oposición de la Unión Federal de Policía.

Nos dice que la retribución por el trabajo a turnos --en ciclos de tarde, mañana, noche saliente y libre-- guarda proximidad conceptual con el complemento específico singular y que, por eso, en vacaciones se tiene derecho a ella.

Observa que así lo entiende la Sala pues el complemento por el trabajo a turnos no responde a la realización de trabajos extraordinarios, de carácter eventual o ajenos a la prestación ordinaria de los servicios propios de la Policía. Es una retribución ordinaria por servicios prestados regularmente de forma habitual. Por eso, continúa citando, el trabajo a turnos no puede incluirse en el artículo 24 d) del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público ni en el artículo 23.3 d) de la Ley 30/1984. Además, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE impone la solución adoptada por la Sala de Madrid.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación.*

Tal como advierte el auto de la Sección Primera de 13 de diciembre de 2019 que ha admitido a trámite este recurso de casación, la misma cuestión que nos ha sometido la planteó al admitir el recurso de casación n.º 101/2019. Pues bien, sucede que ya lo hemos resuelto con nuestra sentencia n.º 1677/2019, de 4 de diciembre. No habiendo razones para cambiar de criterio, por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, debemos llegar ahora, por las mismas razones, al mismo resultado alcanzado entonces: la desestimación del recurso de casación del Abogado del Estado.

En efecto, en la sentencia n.º 1677/2019 nos planteamos, en primer lugar, si la retribución por el trabajo a turnos es una gratificación o es un complemento, pues dicha naturaleza determina como consecuencia obligada su inclusión, si es complemento, o su exclusión, si es gratificación, en las retribuciones percibidas durante el mes de vacaciones. Recordábamos que en la sentencia de 3 de mayo de 1996 (recurso de casación en interés de la Ley n.º 4739/1993) se abordó esa cuestión y, por considerarla una gratificación, concluyó que debía ser excluida durante el mes de vacaciones.

Dijimos entonces que, sin cegarnos por la literalidad de los acuerdos de la Dirección General de la Policía con los Sindicatos del Cuerpo Nacional de Policía, debíamos reparar en alguna diferencia de interés. Así, en el acuerdo entre esa Dirección General y los Sindicatos que se aplicaba en la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1996 (recurso de casación en interés de la Ley n.º 4739/1993), es decir el de 22 de febrero de 1989, se señalaba, según recoge dicha sentencia, que "a partir del 1 de marzo de 1.989 se percibirá por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía una gratificación por importe de 6.500 pesetas mensuales cuando realicen sus servicios en puestos de su plantilla y su desempeño conlleve la realización de turnos completos de noche de forma habitual. Para percibir dicha gratificación, los funcionarios tendrán que realizar todos los servicios nocturnos que les correspondan mensualmente, exceptuando únicamente los no realizados por permisos expresamente autorizados".

En cambio, resaltábamos que, según constaba en la propia resolución de la Dirección General de la Policía, impugnada en la instancia, al recoger lo acordado el 11 de diciembre de 2003 y en el acuerdo de 18 de diciembre de 2015, entre esa Dirección General y los Sindicatos del Cuerpo Nacional de Policía, aunque no se derogaron las anteriores Instrucciones, se indicaba que la turnicidad se abonaría a los que "de forma habitual realicen su trabajo en la modalidad de turnos rotatorios completos", si bien se precisaba que el personal "que habitualmente percibe la referida compensación económica no devengará *complemento* por turnos rotatorios (Acuerdo Administración-

Sindicatos de 27 de febrero de 1996) durante el disfrute de las vacaciones anuales reglamentarias".

Añadíamos, además, que el complemento por el trabajo a turnos no constituye, a tenor de la descripción efectuada en la resolución impugnada en la instancia, una contraprestación por la prestación de servicios extraordinarios, de carácter eventual, o ajenos a la prestación ordinaria de los servicios propios de la Policía. Se trata, por el contrario, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente, de forma habitual, por aquellos que realizan ese trabajo en la forma de "turnos rotatorios completos", los cuales perciben el correspondiente complemento todos los meses, periódicamente, salvo el de vacaciones, en el que no se realizan turnos, sencillamente porque no se realiza ninguna prestación.

De ahí que, atendida la caracterización señalada, no compartamos que el trabajo a turnos pueda incluirse, a estos efectos, en el previsto en el artículo 24 d) del Estatuto Básico del Empleado Público, ni en el artículo 23.3 d) de la Ley 30/1984, relativo a "las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo". Su compensación en el caso examinado, en el que las retribuciones son fijas en su cuantía, 120 euros, y periódicas en su devengo, que se realiza mensualmente es, justamente lo contrario a lo previsto en esos preceptos.

Además, resaltábamos que nuestra interpretación resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE, aplicable "a todos los sectores de actividad, privados y públicos", la cual, en su artículo 7, requiere a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Citábamos, al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y los principios que de ellas se infieren,

aunque se refieran al trabajador en general. En particular, recogíamos de esta última las siguientes consideraciones:

«En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador (...) y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 24). (...) Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C- 471/08, EU:C:2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 2».

En consecuencia, al igual que hicimos en la sentencia n.º 1677/2019, debemos desestimar ahora este recurso de casación, pues la sentencia recurrida no incurre en las infracciones denunciadas, en relación con la resolución de la cuestión que suscita el interés casacional.

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

A la luz de las consideraciones precedentes, debemos responder a la cuestión planteada por la Sección Primera al admitir este recurso de casación diciendo que la compensación por el trabajo a turnos no puede calificarse como gratificación. Es por el contrario una retribución complementaria y, por tanto, debe percibirse también durante las vacaciones anuales retribuidas de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 2616/2019, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia n.º 114/2019, de 8 de febrero, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso n.º 366/2017.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

