



SENTENCIA Nº 1437/2018
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 516/2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. SANTIAGO MACHO MACHO
D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

En la Ciudad de Málaga a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 516/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Málaga en el que es parte apelante el Ayuntamiento de Málaga, asistido por la letrada D^a María Luisa Perna Pallares, y parte apelada el Sindicato Independiente de Policía de Andalucía (SIP-AN9 asistido por el letrado D. José Muñoz Cortes, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de Septiembre de 2015, en el recurso contencioso-administrativo nº 69/2015, interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, asistido por la letrada D^a María Luisa Perna Pallares, contra la Orden del Cuerpo 135/2014 de la Policía Local de Málaga, aprobada el día 2 de Diciembre de 2014 por el Superintendente Jefe de la policía Local del Ayuntamiento de Málaga, por la que se acordaba aprobar el calendario laboral correspondiente al año 2015 para la Policía Local se dictó sentencia en la que, estimándolo, anulo la misma.

SEGUNDO: Contra dicha sentencia, con fecha 23 de Octubre de 2015, la parte demandada interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a la parte apelada que se opuso al mismo.

TERCERO: Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el numero anteriormente consignado, personándose en él las partes apelantes y la parte apelada.





CUARTO: No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 11 de Abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que, estimo el recurso interpuesto contra la Orden del Cuerpo 135/2014 de la Policía Local de Málaga, aprobada el día 2 de Diciembre de 2014, anulándola, es ajustada o no a derecho, entendiendo la parte apelante que no lo es y ello porque el juzgador de instancia no ha tenido en cuenta que la negociación a la que se refiere el art 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, se ha llevado a cabo según lo dispuesto en el Acuerdo de Funcionarios, aprobado en 2011, el cual es la manifestación de la negociación colectiva entre las partes, encontrándose plasmado el resultado de dicha negociación en el art 7 del Acuerdo en el que se establece el procedimiento a seguir para que en cada Área o Servicio se elabore un calendario laboral, no imponiéndose la negociación como requisito del procedimiento para concretar el calendario laboral de cada año, y ello porque la cuestión del calendario laboral ya se negoció en el acuerdo, sino que se limita a establecer el concreto procedimiento para la elaboración concreta del mismo, procedimiento que no es otro que llevar a cabo una reunión, que no negociación, de cada Área o Servicio con la representación sindical, por lo que, no existiendo obligación de negociación en el procedimiento previsto en dicho art 7 el Acuerdo, sino y únicamente previsión de una reunión, la sustitución de ésta por un procedimiento de consultas escritas no lesiona ningún derecho ni hace que el procedimiento incurra en causa de nulidad, estableciéndose que en caso de desacuerdo se emitiría un informe escrito y motivado, por parte de la Dirección del Área de Personal, tramite este que no han interesado los recurrentes, por todo lo cual intereso el dictado de una sentencia por la que estimando el recurso apelación, se revocase la dictada en la instancia y se dictase otra desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO: A la vista de lo razonado y resuelto en la sentencia recurrida, así como de las alegaciones de las partes, bien puede decirse si el tramite seguido para llevar a cabo la negociación del calendario laboral para el año 2014, respeta lo establecido en los art 31 a 39 del Estatuto Básico de al Función Publica (EBEP) o si por el contrario, como se razona en la sentencia dictada, el hecho de que, una vez elaborado el proyecto por la Administración y emitido a las organizaciones sindicales fin de que formularsen su parecer, y en el supuesto de que lo dispuesto en el calendario laboral remitiesen un informe escrito y motivado a la Dirección del Área de Personal, Organización y Calidad, no respeta lo dispuesto en dicho artículo 32 n la medida en que dicha petición de informes no puede sustituir lo que es una negociación colectiva, la cual exige un debate sobre las propuestas a fin de tratar de alcanzar un acuerdo global que satisfaga a ambas partes. Pues bien la solución que e alcanza no es otra que la favorable a lo pretendido por la parte apelante y ello porque sin desconocer que efectivamente en principio de lo dispuesto en los artículos citados, la negociación colectiva supone la necesidad de que





exista un debate sobre las distintas propuestas, no pudiendo ser sustituido por una remisión del proyecto a fin de que las partes manifiesten su conformidad o disconformidad, al no serlo menos que el sistema seguido ha respetado lo dispuesto en el Acuerdo suscrito en el año 2011, Acuerdo cuya finalidad era precisamente regular la forma de llevar a cabo la negociación colectiva entre la representación sindical y la Administración, no puede sino concluirse lo anunciado, pues una vez que dicho Acuerdo no ha sido denunciado por las partes, no puede ser desconocido so pena que quebrantar el principio de la buena fe negocial que exige respetar los Acuerdos adoptados por las partes, por lo que si, la forma de llevar a cabo la negociación colectiva, ha sido regulada y aceptada por las partes, no puede posteriormente, sin impugnar dicho Acuerdo, desentenderse de él y aducir que dicha forma no respeta la forma de llevar a efecto la negociación colectiva.

TERCERO: Estimado el motivo alegado por la parte apelante y entrando a conocer sobre las cuestiones de fondo que alego la parte hoy apelada y demandante en la instancia, que son las siguientes, procede hacer a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, con respecto al punto 1.1 de la Orden del Cuerpo de calendario laboral para 2015, con respecto a las vacaciones en los meses de Julio, Agosto y Septiembre, no se ajusta a derecho porque al añadir la figura de un puesto específico dentro de un destino, se introduce una limitación al disfrute de las vacaciones sin amparo legal alguno introduciendo subgrupos que no responde a ninguna división de los puestos de trabajo, la misma no puede ser acogida y ello porque, no solo resolver sobre dicha cuestión entra dentro de las facultades organizativas de la Administración, como así se establece en el art 7 del estatuto Básico de los Empleados Públicos, para excluirlas de la negociación, sino porque además no es razonable que dentro de 1/3 del personal de la plantilla puedan disfrutar de las vacaciones todos los integrantes de una determinada categoría o todo el personal de un grupo concreto

En segundo lugar, con respecto al punto 1.4 apartado 21 de la Orden por el que indican los días hábiles (en periodos no inferiores a cinco días consecutivos), porque aun cuando el RDL 20/2012 no contempla la posibilidad de fraccionar en periodos de cinco días consecutivos y 7 en fracción cada uno, al contemplarse en la normativa estatal y autonómica, debió de aplicarse pues es fuente de derecho preferente, lo que es aplicable a la limitación de las vacaciones hasta el 31 de Enero siguiente en la medida en que no se contemplan supuestos en los que puede superarse dicho límite temporal, porque, con independencia de que lo establecido es idéntico a lo que se fijó en el calendario de 2014, así como no es de aplicación, vistos los arts 92 de la LBRL y la Instrucción 4/2012 de la Secretaría General para la Administración Pública que al punto reconoce que no es de aplicación autonómica es de aplicación a los funcionarios que presten servicios en la Administración General de la Junta de Andalucía, al disponerse dicho régimen, en aras a una mejor organización vistas las necesidades del servicio, como norma general, sin perjuicio de que en casos determinados y justificados pueda excepcionarse y en consecuencia ampliar el periodo temporal del disfrute de las vacaciones, es razonable la disposición

En tercer lugar, porque con relación al punto 2.2 párrafo tercero, porque, aun cuando persigue conciliar la vida familiar, resulta una discriminación no justificada que contraviene lo dispuesto en el art 39 de la Constitución, pues la preferencia que se da para





el disfrute de las vacaciones a los funcionarios separados, al asignarlos a distintos grupos de descanso, resulta injustificada, porque al constituir situaciones diferentes la de los cónyuges que se encuentran separados de los que no están, es razonable que se regulen de distinta manera en aras precisamente de poder conciliar la vida familiar, no siendo suficiente con alegar que no se justifica la medida, pues encontrándose en principio justificado el tratamiento diferenciado, la parte tendría que haber acreditado que su regulación concreta traspasa los límites de lo razonable y justificado, y no limitarse a mostrar su disconformidad

En cuarto lugar, con respecto al punto 3.3 de la Orden, porque al permitir disfrutar del permiso para asuntos propios en guardia de fin de semana a los componentes del Grupo Operativo de Apoyo, y no al resto de la plantilla, se establece una limitación apriorística e injustificada en el disfrute de los permisos, porque, como se dijo anteriormente, al venir justificado el trato diferente en base al carácter del Grupo Operativo, la parte debió de acreditar en que medida dicha disposición ha traspasado los límites de lo razonable y justificado, y no limitarse a mostrar su disconformidad, pues ello supondría sustituir la voluntad de la Administración por la de la parte

En quinto lugar, con respecto al punto cuarto último de dicho punto 3.3., porque, al establecerse la posibilidad de que cuando el servicio lo requiera se pueda modificar el solapamiento de aquellos eventos que se determinen en la correspondiente Orden de Servicio, se produce una previsión en la configuración del solapamiento que no aparece justificada, pues no se justifica la posibilidad de aumento de 30 a 60 minutos, el cual resulta excesivo a fin de asegurar el servicio, porque no solo la propia función de la policía exige una necesaria disponibilidad en atención a las necesidades del servicio, sino porque además no parece exigible que un aumento de 30 a 60 minutos resulte excesivo ni atentatorio contra la salud

En sexto lugar, en cuanto al grupo G.O.A., porque la imposición de trabajar durante la semana de feria, ocho días seguidos, supone un riesgo para la salud, que además quebranta la Directiva 200/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, porque como se dijo anteriormente, el que se amplíe la jornada de trabajo a ocho días en situaciones que notoriamente, ante la afluencia de gente y por ello con una necesidad de ampliar el servicio para garantizar el orden público, ni contraviene lo dispuesto en la Directiva, ni supone riesgo para la salud o integridad de los miembros de la policía, máxime cuando éstos son seleccionados previa acreditación de unas condiciones físicas y psíquicas especiales, en cuanto que superan los estándares de otros funcionarios, todo lo cual conlleva la estimación del recurso de apelación y en consecuencia la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

QUINTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas en la instancia, vista la desestimación del recurso, procede condenar a su pago a la parte demandante, no así en cuanto a las causadas en la apelación, con respecto a las cuales, al ser atendido el recurso de su nombre no procede hacer especial pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.





FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, contra la sentencia dictada el 18 de Septiembre de 2015, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Málaga, en autos nº 69/2015 la revocamos, u en consecuencia desestimamos el recurso el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sindicato Independiente de Policía de Andalucía contra la Orden del Cuerpo 135/2014 de la Policía Local de Málaga, aprobada el día 2 de Diciembre de 2014, condenando a la parte demandante al pago de las costas procesales causadas en la instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación.

dejamos sin efecto el , condenando a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación.

Líbrense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia a fin de que proceda a su notificación y ejecución.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma.

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

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.



