2021-39-RE

Causa 2021-39-RE
(López Montanya i d'altres c/ Govern d'Andorra)

Número de registre 271-2021. Recurs d'empara

Sentència del 7 de setembre del 2021

BOPA núm. 97, del 15 de setembre del 2021

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 14 de maig del 2021, per la representació processal dels Srs. Esteve López Montanya, Jesús de Tena Guillén Guerrero, Maria Pilar Nimo Iglesias, Sergi Sanchez Barrionuevo i Judith Salazar Álvarez, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra la sentència del 22 d'abril del 2021, dictada per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en el seu vessant del dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració del dret esmentat, que anul·li la resolució objecte de recurs, i que retrotregui les actuacions al moment anterior al pronunciament de la sentència impugnada, per tal que en els termes ja demanats en via ordinària es modifiqui la reglamentació de manera que no es vulnerin drets constitucionals dels inspectors de treball;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 98 c) i 102;

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítols primer i sisè;

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 14 de juny del 2021 que va admetre a tràmit, sense efectes suspensius, aquesta causa;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 2 de juliol del 2021, per la representació processal del Col·lectiu de Funcionaris de la Policia d'Andorra;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 5 de juliol del 2021, pel Govern;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 5 de juliol del 2021, pel

Ministeri Fiscal;

Vist que la representació processal del SIPAAG i del Col·lectiu del personal adscrit al Ministeri de Salut no ha presentat cap escrit d'al·legacions dins el termini atorgat;

Vistes les conclusions formulades dintre de termini per les parts (tret del SIPAAG i del Col·lectiu del personal adscrit al Ministeri de Salut) i pel Ministeri Fiscal;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Josep-D. Guàrdia Canela;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. Després d'exhaurir la via administrativa, la representació processal dels Srs. Esteve López Montanya, Jesús de Tena Guillén Guerrero, Maria Pilar Nimo Iglesias, Sergi Sanchez Barrionuevo i Judith Salazar Álvarez va presentar una demanda jurisdiccional contra la resolució del Govern del 5 de desembre del 2018 que desestimava el recurs presentat contra el Decret adoptat pel Govern l'11 de juliol del 2018, d'aprovació del Reglament de sistemes de compensació, en què se sol·licitava la modificació de l'article 3 d'aquest Reglament per tal que s'hi incorporessin les guàrdies que presten els inspectors de treball, i es revisés la seva remuneració seguint els mateixos criteris emprats per al càlcul de la guàrdia forense, amb la regularització corresponent.

A aquesta demanda es van adherir el Sindicat del personal adscrit a l'Administració General (SIPAAG) i el Col·lectiu del personal adscrit al Ministeri de Salut, ambdós amb la mateixa representació processal, així com el Col·lectiu de Funcionaris de la Policia d'Andorra.

1.2. El 20 d'abril del 2020, la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles va dictar una sentència en què desestimava la demanda i declarava que tant la resolució del Govern del 5 de desembre del 2018, com el Decret de l'11 de juliol del mateix any, eren ajustats a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

1.3. Totes les parts demandants van presentar recurs d'apel·lació contra aquesta decisió, i, el 22 d'abril del 2021, la Sala Administrativa va dictar una sentència mitjançant la qual acordava desestimar tots els recursos d'apel·lació formulats i confirmar la decisió de la primera instància.

1.4. El 14 de maig del 2021, la representació processal dels Srs. Esteve López Montanya, Jesús de Tena Guillén Guerrero, Maria Pilar Nimo Iglesias, Sergi Sanchez Barrionuevo i Judith Salazar Álvarez va interposar un recurs d'empara contra la sentència del 22 d'abril del 2021, dictada per la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en el seu vessant del dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació dels recurrents

- Els recurrents exposen que el Servei d'Inspecció de Treball investiga els accidents de treball que es puguin produir en el territori nacional, mitjançant un sistema de guàrdia localitzable que s'ha d'assegurar obligatòriament tots els dies de l'any de forma continuada.

- Per tant, atesa aquesta circumstància laboral estructural, serien d'aplicació els articles 3 i 8 del Reglament de sistemes de compensació de l'11 de juliol del 2018.

- Ara bé, al·leguen que el Reglament esmentat tracta de manera distinta les guàrdies realitzades pels metges forenses i aquelles realitzades pels inspectors de treball, quan en les dues situacions han d'estar disponibles de la mateixa manera.

- Consideren que els tribunals ordinàries han vulnerat el seu dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, per tal com han justificat la diferent remuneració de la guàrdia sobre la base de criteris de formació específica, de riscos biològics hipotèticament inherents als uns i no als altres i de dimensionament de cada departament, criteris que ja es tenen en compte per determinar la classificació del lloc de treball.

- Afegeixen que no es justifica que unes guàrdies es paguin de manera preufetària i d'altres no, quan la naturalesa jurídica de les guàrdies és la mateixa.

- Com tampoc seria admissible l'argument respecte de la càrrega de treball diferent en cada cas, ja que aquesta es remunera de manera diferent en funció de la periodicitat que el treballador percep per aquest concepte retributiu i que les intervencions efectives no responen a una regla matemàtica, podent-hi haver variacions en funció dels períodes considerats.

- Conclouen que no existeix cap element diferencial que justifiqui de forma objectiva i raonable un tractament retributiu distint d'un fet idèntic (estar disponible fora d'horari laboral i en dies festius), i més quan la retribució de la intervenció concreta ja es tracta de manera distinta per raó de la tasca concreta i que, per tant, es vulneren els drets a la igualtat i de no discriminació.

- Per acabar, demanen al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració del dret esmentat, que anul·li la resolució objecte de recurs, i que retrotregui les actuacions al moment anterior al pronunciament de la sentència impugnada, per tal que, en els termes ja demanats en via ordinària, es modifiqui la reglamentació de manera que no vulneri drets constitucionals dels inspectors de treball.

2.2. Argumentació de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia

- La Sala Civil exposa que els demandants i els adherents consideren que la disposició que estableix la guàrdia forense suposa una desigualtat respecte de la seva pròpia situació, ja que també han d'estar disponibles fora de la jornada laboral en règim de guàrdia; afegeixen que aquesta disponibilitat s'ha de remunerar de forma idèntica en funció de si es tracta d'una circumstància estructural o no.

- La Sala Administrativa manifesta que la disponibilitat per guàrdia localitzable és inherent a determinats llocs de treball i no té un caràcter ocasional o limitat en el temps, sinó que deriva de les condicions de la funció, i des d'aquest punt de vista la qualificaria com a circumstància estructural. Ara bé la categorització de la guàrdia dels recurrents com a circumstància no estructural, que no s'ha modificat respecte del Reglament anterior, no pot comportar la nul·litat de la disposició impugnada.

- Pel que fa als efectes jurídics de la guàrdia forense, la Sala Administrativa recorda que d'acord amb l'article 72.2 de la Constitució, el Govern és competent per exercir la potestat reglamentària, la qual és una potestat discrecional i conté un ample marge d'apreciació, sense perjudici dels límits derivats de la Constitució, de les lleis i dels principis generals del dret (article 6.1 del Codi de l'Administració).

- Així doncs, pel que fa a la vulneració dels principis d'igualtat i de no discriminació al·legats, en primer lloc, la Sala Administrativa constata que la situació de disponibilitat dels metges forenses, que no tenen molts efectius, tenen una quantitat superior d'actuacions fora de jornada ordinària. Per tant, els termes de comparació no són equiparables.

- En segon lloc, també destaca que la guàrdia forense és retribuïda pel sistema forfeter, incompatible amb qualsevol altra compensació i aquesta és una circumstància diferencial respecte dels recurrents, els quals perceben la compensació per la disponibilitat fora de la jornada laboral, més les hores extraordinàries prestades efectivament en cada període.

2.3. Argumentació del Col·lectiu de Funcionaris de la Policia d'Andorra

- Aquesta part considera que s'han vulnerat els principis d'igualtat, de no discriminació i d'interdicció de tota arbitrarietat, per tal com davant d'una mateixa situació, el servei de guàrdies es retribueix de forma diferent.

- Així mateix, posa en relleu que quan la fonamentació de les decisions judicials es realitza incomplint els principis anteriorment esmentats, aquestes decisions s'han de qualificar com a arbitràries, il·lògiques i irraonables.

- Per aquests motius, no s'oposa a les al·legacions efectuades pels recurrents, ja que en les resolucions impugnades s'ha produït "*una manca i errònia motivació*" tant fàctica com jurídica, que ha suposat la vulneració del dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que tingui aquest escrit d'al·legacions per presentat.

2.4. Argumentació del Govern

- El Govern posa en relleu que les decisions de la jurisdicció ordinària han analitzat els supòsits fàctics i jurídics presentats per les parts i que estan degudament motivades, considerant que els termes de la comparació de les dues situacions concretes que es plantegen no són equiparables.

- Manifesta que, d'acord amb l'article 72.2 de la Constitució, ha establert legítimament un règim retributiu específic per als metges forenses en l'exercici de la seva potestat reglamentària discrecional, sense perjudici dels límits derivats de la Constitució, de les lleis i dels principis generals del Dret.

- Destaca que la prestació de servei dels metges forenses és més habitual i afecta en un percentatge major de mitjana de la jornada laboral diària de treball i suposa una major afectació negativa en la seva vida personal i familiar que en el cas dels inspectors de treball. Aquesta circumstància és objectiva i justifica la diferència en la retribució.

- Conclou que no concorre cap circumstància per estimar aquest recurs d'empara, ja que no s'ha vulnerat el dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, atès que la jurisdicció ordinària s'ha pronunciat respectant totes les garanties i amb suficients motivacions.

- Per aquests motius, demana al Tribunal Constitucional que desestimi íntegrament la petició sol·licitada pels recurrents.

2.5. Argumentació del Ministeri Fiscal

- En primer lloc, el Ministeri Fiscal considera que l'al·legació segons la qual els tribunals haurien aplicat una regulació contrària a la Constitució ha de decaure, ja que no s'està tractant l'aplicació del Reglament a un cas concret, afegint que allò que hagués correspost hagués sigut demanar la interposició d'una acció incidental d'inconstitucionalitat.

- Pel que fa al fons, considera que el Reglament de sistemes de compensació estableix en efecte una diferència respecte de com s'han de retribuir o compensar determinades circumstàncies laborals entre els metges forenses i la resta de funcionaris i agents de l'Administració. Aquesta regulació implica que en el cas dels metges forenses la guàrdia es retribueix a preu fet mentre que en el cas dels inspectors de treball es compensa amb hores extraordinàries.

- Les resolucions impugnades determinen que la diferència de tracte està justificada ateses les circumstàncies laborals que afecten a ambdós col·lectius, perquè els metges forenses disposen de menys efectius -2 en l'actualitat- i, per tant, han d'efectuar una quantitat superior d'actuacions fora de la jornada ordinària. Així mateix, la seva presència ha de ser efectiva en el lloc de treball durant la guàrdia.

- Aquest tractament diferencial justificat no és desproporcionat en relació amb l'objectiu perseguit de retribuir una situació especial concreta.

- Afegeix que el Reglament es va modificar, com així ho indica la seva exposició de motius, sobre la base del "*funcionament específic de l'Àrea de medicina legal i Forense, tots els dies de l'any*".

- Recorda que l'article 72.2 de la Constitució estableix que correspon al Govern l'exercici de la potestat reglamentària, la qual disposa de dicrecionalitat sempre i quan es respectin els límits constitucionals.

- I conclou que la diferència establerta no es basa en cap dels motius prohibits a l'article 6.1 de la Constitució, ni a l'article 14 del Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que desestimi aquest recurs d'empara per la manca de contingut constitucional de les seves pretensions i perquè no s'ha produït la vulneració de cap dels drets fonamentals al·legats.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. En el curs del procediment d'empara, les parts han mantingut substancialment els mateixos

posicionaments que en els tràmits davant la jurisdicció ordinària. Això no obstant, en seu de recurs d'empara, el debat se centra i se circumscriu en examinar si la resolució recorreguda -la sentència de la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia del 22 d'abril del 2021- ha infringit el dret fonamental a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució i, més concretament, el seu vessant d'obtenir una decisió fonamentada en Dret. Essencialment, la part recurrent entén que la decisió adoptada per la sentència recorreguda no ha fonamentat degudament en dret la no aplicació dels principis d'igualtat, de no discriminació i d'actuació no arbitrària. Això no obstant cal partir del fet que, en aquest cas i en seu de la justícia constitucional per la pretensió d'una suposada vulneració de l'article 10 de la Constitució, l'objecte del recurs no és pròpiament el Decret del Govern de l'11 de juliol del 2018 que aprova el Reglament de sistemes de compensació de les circumstàncies laborals i dels conceptes no salarials del personal de l'Administració General. L'objecte del recurs d'empara és directament la sentència esmentada de la Sala Administrativa.

3.2. La Constitució preveu diverses vies per tal que les pretensions d'inconstitucionalitat d'actes normatius i no normatius arribin al Tribunal Constitucional en el qual es concentra la funció "*d'intèrpret suprem de la Constitució*" (article 95.1). Els particulars no estan legitimats per interposar un recurs directe, però disposen d'alguns altres medis directes o indirectes. Els recurrents van optar lliurement i legítimament per la via d'interposar, el 9 d'agost del 2018, un recurs administratiu ordinari; contra la seva desestimació en via administrativa, van interposar una demanda jurisdiccional, la qual va ser desestimada tant en primera instància (sentència de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles del 20 d'abril del 2020), com en la segona (sentència impugnada en empara). És possible que haguessin pogut utilitzar altres medis legals. No ho van fer, però, i com a conseqüència, la decisió d'aquest Tribunal Constitucional s'ha de cenyir al marc procedimental elegit pels recurrents.

3.3. La sentència impugnada presenta una extensa i sòlida fonamentació jurídica. En els seus fonaments de dret comença per acceptar la seva competència (1); fixa l'objecte del procés que concreta en "*determinar la legalitat*" del Reglament esmentat i, especialment, del seu article 8 impugnat pels recurrents i pels adherents que demanen una remuneració per disponibilitat fora de la jornada laboral, equiparable a aquella atribuïda als metges forenses (2); analitza i defineix la posició jurídica dels adherents a la demanda (3) que ara ja no és objecte de discussió; i, en darrer terme dedica dos fonaments de dret (4 i 5) al fons de l'assumpte, finalitzant les seves consideracions amb l'exposició del seu criteri en matèria de costes (6).

3.4. En el fonament de dret quart, la sentència examina l'argumentació dels recurrents en el sentit que la creació d'una "*guàrdia forense*" és contrària al dret i no té naturalesa estructural. La sentència resol el problema i, considerant que el litigi no versa sobre una qüestió conceptual o terminològica, disposa que aquest motiu "*no pot comportar la nul·litat de la disposició ara impugnada*". Es tracta, doncs, d'una qüestió merament tècnica, competència de la jurisdicció ordinària i sobre la qual aquest Tribunal, que no constitueix una tercera instància ni un tribunal cassacional que hagi de vetllar en tot cas per la primacia de la llei, no té res a afegir.

3.5. La problemàtica que planteja el fonament de dret cinquè és diferent. En ell s'examina "*si la creació de la "guàrdia forense" vulnera alguna norma superior o principi general, i en concret els principis d'igualtat i no discriminació que invoquen els agents i els adherents*". I per resoldre la qüestió s'ofereixen els arguments següents: a) el termes de comparació entre els dos col·lectius afectats (metges forenses i inspectors de treball) no són equiparables, ja que els metges forenses disposen d'un nombre menor d'efectius i tenen una quantitat superior d'actuacions fora de la jornada ordinària de manera que la seva situació de disponibilitat és més onerosa; b) la nova retribució de la "*guàrdia forense*" passa a ser remunerada per un sistema forfeter que és incompatible amb

qualsevol altra compensació, la qual cosa suposa una circumstància diferencial respecte de la situació dels agents; c) amb independència de la seva rellevància, el Reglament litigiós establia des de la seva redacció inicial, l'esmentat règim forfeter. I, per totes aquestes raons, la Sala Administrativa arriba a la conclusió que el Govern, en l'exercici de la potestat reglamentària, disposa d'una àmplia discrecionalitat i d'un important "*marge d'apreciació*" en l'elaboració del Decret que ha de ser aplicat de manera que no infringeixi ni la Constitució, ni els seus principis bàsics, ni els drets humans i les llibertats fonamentals. Per consegüent, considera que el Reglament s'ajusta al bloc de la constitucionalitat i de la legalitat i, per tant, no pot ser anul·lat.

3.6. La fonamentació d'aquesta sentència, atès el marc procedimental en què es dicta, podria acabar aquí. No obstant això, la nombrosa al·legació de jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans, tant en l'escrit interposant el recurs (*Muñoz Diaz c/ Espanya, E.B. c/ França i Thlimmenos c/ Grècia*), com en l'escrit d'al·legacions de la part que s'adhereix al recurs (*Biao c/ Dinamarca*), aconsellen fer-ne una breu referència. En primer terme, cal recordar que aquest Tribunal ja ha establert com a doctrina jurisprudencial, des de la sentència del 12 de maig del 2000 (causa 2000-3-RE) que el Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals forma part de l'ordenament jurídic andorrà, de conformitat amb l'article 3.4 de la Constitució, tot i que no és una norma de rang constitucional. El seu contingut constitueix un element interpretatiu dels drets i de les llibertats fonamentals que són només aquells que la Constitució estableix. Així ho va declarar en la sentència del 7 de setembre del 2010 (causa 2010-1, 2, 3 i 4-PI) i, més recentment, ho ha reiterat en l'aute del 7 de setembre del 2020 (causa 2020-44-RE). En segon lloc, cal recordar que l'article 14 del Conveni, sota el títol "*Prohibició de discriminació*" estableix textualment: "*El gaudiment dels drets i les llibertats reconeguts en el present Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixença o qualsevol altra situació*".

3.7. Una lectura objectiva d'aquest text manifesta clarament que la discriminació prohibida és aquella que es produeix per raó de circumstàncies molt lligades a la personalitat i a l'estat civil de les persones: sexe, raça, color, llengua, ideologia, origen, pertinença a una minoria, fortuna o naixement. El problema el planteja la darrera expressió que es refereix a "*qualsevol altra situació*". És criteri del Tribunal que aquesta expressió no pot ser entesa en un sentit amplíssim, ja que aleshores sobrarien totes les indicacions anteriors. Per "*qualsevol altra situació*" ha d'entendre's una situació anàloga a les descrites amb anterioritat. I així resulta de la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans que s'ha esmentat en el fonament jurídic anterior. En efecte, en el cas Muñoz Díaz (sentència del 8 de desembre del 2010) es va considerar discriminatòria la denegació d'una pensió en favor d'una persona que havia contret matrimoni amb el causant conforme a la tradició gitana o romaní sense haver-ho fet en forma civil. En el cas E. B. (sentència del 22 de gener del 2008) es va considerar discriminatòria la denegació de l'adopció d'un menor per part d'una parella homosexual femenina. En el cas clau Thlimmenos (sentència del 6 d'abril del 2000), igualment es va considerar discriminatòria l'eliminació del reclamant d'una oposició a auditor comptable per haver estat condemnat amb anterioritat sobre la base de la seva negativa a vestir l'uniforme militar, atesa la seva condició de testimoni de Jehovà. Finalment, en el cas Biao (sentència del 24 de maig del 2016) la discriminació es va produir en haver-se denegat un reagrupament familiar fonamentant-se en una distinció entre ciutadans danesos d'origen ètnic danès i ciutadans danesos d'altres orígens ètnics (com ho eren els recurrents nascuts a Togo i a Ghana respectivament). Sembla clar que una mínima diferenciació d'un concepte salarial entre dues professions no pot ser considerada discriminatòria com segurament ho eren aquelles que van donar lloc a les exposades sentències del Tribunal Europeu dels Drets Humans. I, per consegüent, la sentència recorreguda (i també la de la Batllia) raonen fonamentadament que el Govern, en dictar el Reglament impugnat disposava d'un marge d'apreciació suficient per tractar diferentment situacions

professionals i salarials diverses, sempre que ho fes, com així va succeir, mantenint el criteri de proporcionalitat i un balanç equilibrat en la conjugació dels interessos en joc.

3.8. Per tant, en el marc d'un procediment d'empara per la suposada vulneració del dret a la jurisdicció en el seu vessant d'obtenir una decisió fonamentada en Dret, és procedent desestimar el recurs d'empara i, de conformitat amb allò que disposa l'article 92.4 de la Llei qualificada d'aquest Tribunal, condemnar la part recurrent al pagament de les costes de la part recorreguda.

Decisió:

En atenció a tot això que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

Ha decidit:

1. Desestimar íntegrament el recurs d'empara 2021-39-RE interposat per la representació processal dels Srs. Esteve López Montanya, Jesús de Tena Guillén Guerrero, Maria Pilar Nimo Iglesias, Sergi Sanchez Barrionuevo i Judith Salazar Álvarez.

2. Imposar a la part recurrent les costes processals derivades de la desestimació del recurs d'empara interposat.

3. Publicar aquesta sentència, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al *Butlletí Oficial del Principat d'Andorra*.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal dels recurrents, al Govern, a la representació processal del SIPAAG i del Col·lectiu del personal adscrit al Ministeri de Salut, a la representació processal del Col·lectiu de Funcionaris de la Policia d'Andorra, al president de la Batllia, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal, ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 7 de setembre del 2021.

Josep-D. Guàrdia Canela
President

Jean-Yves Caullet
Vicepresident

Joan Manel Abril Campoy
Magistrat

Dominique Rousseau
Magistrat