

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA

SENTENCIA: 00420/2021

Ponente: D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

Recurso: Apelación 238/2020

Apelante/Apelada:

Apelante/Apelada: CONCELLO DE VIGO

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Benigno López González, Presidente.

D^a Blanca María Fernández Conde

D^a María Amalia Bolaño Piñeiro

A Coruña, a treinta de junio de dos mil veintiuno.

El recurso de apelación 238/2020, pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por doña [redacted], actuando en su propio nombre y derecho y dirigida por la Letrada doña Cristina Pesqueira García; y por el Concello de Vigo representado por la Procuradora doña Begoña Alejandra Millán Iribarren y dirigido por el Letrado del Ayuntamiento, contra la Sentencia de fecha 29 de enero de 2020, dictada en Procedimiento Abreviado 329/2019, por el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Vigo, sobre desestimación por silencio administrativo por parte del Ayuntamiento de Vigo, a solicitud deducida por la actora en pretensión de reconocimiento de su derecho a que se le abonen las cantidades dejadas de percibir durante período de baja laboral por el accidente laboral sufrido, al amparo del artículo 23 del Acuerdo de Regulador de las Condiciones Económicas y Sociales de los Trabajadores al servicio del Concello de Vigo.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Benigno López González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando como estimo en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a

frente al CONCELLO DE VIGO, seguido como PROCESO ABREVIADO número 329/2019 ante este Juzgado, contra el acto presunto desestimatorio descrito en el encabezamiento, lo declaro contrario al Ordenamiento Jurídico y lo anulo.

Como situación jurídica individualizada, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a que la Administración demandada le abone la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas en el período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017, más intereses legales, así como el abono del 100% de esas retribuciones fijas y periódicas en las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017.

En consecuencia, condeno a la Administración demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a abonar las cantidades resultantes.

Desestimo el resto de pretensiones contenidas en la demanda.

No se efectúa expresa imposición de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificado el mismo, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña _____ interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo por parte del Ayuntamiento de Vigo, a solicitud deducida por la actora en pretensión de reconocimiento de su derecho a que se le abonen las cantidades dejadas de percibir durante período de baja laboral por el accidente laboral sufrido, al amparo del artículo 23 del Acuerdo de Regulador de las Condiciones Económicas y Sociales de los Trabajadores al servicio del Concello de Vigo.

Disconforme con dicha decisión, la Sra. acudió a la Jurisdicción y el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Vigo, por sentencia de fecha 29 de enero de 2020, estimó en parte el recurso contencioso administrativo planteado, anuló el acto administrativo impugnado por entenderlo contrario al ordenamiento jurídico y declaró el derecho de la actora a que, por la Administración demandada, le sea abonada la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas en el período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017, con intereses legales, así como el abono del 100% de esas retribuciones fijas y periódicas en las pagas extraordinarias.

Contra dicha sentencia, se promueve el presente recurso de apelación por doña , interesando su revocación y que, en su lugar, se dicte otra por la que se acojan íntegramente los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda rectora, reconociendo su derecho a que le sea satisfecha la cantidad de 9.013,81 euros en concepto de plus por horas nocturnas, festividad y jornadas de refuerzo, asignadas por calendario anual, durante su período de incapacidad temporal.

Dicha sentencia es, también, objeto de apelación por parte del Ayuntamiento de Vigo, que insta su revocación y que, en su lugar, se dicte otra por la que se desestime la demanda rectora por desviación procesal entre lo pedido ante la Administración demandada y lo suplicado en vía jurisdiccional, dejando, además, sin efecto los pronunciamientos de condena que se contienen en la expresada sentencia.

Por Providencia de esta Sala, de fecha 23 de febrero de 2021, se acordó dar traslado a las partes, por término común de cinco días, al objeto de que alegasen lo que tuviesen por conveniente acerca de la posible inadmisibilidad de ambos recursos de apelación por razón de la cuantía. En dicho trámite, el Ayuntamiento de Vigo no hizo manifestación alguna al respecto, mientras que la Sra. interesó la admisión a trámite del recurso de apelación promovido, aduciendo que, en el fondo, el debate se contrae a determinar si los pluses por nocturnidad, festividad y jornadas especiales tienen o no la condición de retribución fija y periódica, por lo que estamos ante una cuestión jurídica y no ante una mera reclamación económica.

SEGUNDO.- Es conveniente dejar claro que el derecho a la segunda instancia no es más que un derecho de configuración

legal, sometido por tanto a los requisitos y condiciones que la Ley y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que la aplica e interpreta, establecen, de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho con la resolución dictada en única instancia aunque contra ella no quepa apelación, lo que de ninguna manera es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en la Constitución, tutela que se cumple con el examen por el Juez en esa única instancia, al punto que sólo en el caso de la Jurisdicción Penal, no en otras, se habla del derecho a la segunda instancia, y ello por imperativo de lo dispuesto en los artículos 2 del Protocolo Séptimo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional (Sentencias 89/1995 y 120/1996), que ha señalado que este principio de la doble instancia no es extrapolable al proceso contencioso administrativo, y que la verificación de los requisitos y presupuestos materiales y procesales sobre el acceso a la segunda instancia es una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales siempre que la vía del recurso no se cierre arbitrariamente o intuitu personae (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1997, 42/1997, 125/1997 y 147/1997). Es necesario dejar bien claro que cuantía del recurso y cuantía a efectos de recurribilidad en apelación, casación, o casación para unificación de doctrina son conceptos distintos.

TERCERO.- A la hora de fijar la cuantía del litigio hay que tener presente que el régimen de recursos es de orden público, tal y como ha subrayado la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2003 (recurso nº 765/1998) "*las previsiones legales en materia de cuantía litigiosa han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuantía del litigio, en función del objeto*". Así, el apartado a) del artículo 81.1 admite la apelación de sentencias exceptuando los asuntos "cuya cuantía no exceda de treinta mil euros (30.000 €)".

El Juzgado de lo Contencioso administrativo ha fijado la cuantía del recurso en indeterminada, sin especificar si superior o inferior a 30.000 euros, a la vista del importe total reclamado por la actora en su escrito de demanda, por el concepto de reclamación de haberes. Pero hay que recordar varias circunstancias:

1º.- La fijación de la cuantía que hace el órgano jurisdiccional de instancia no vincula a esta Sala, como de manera uniforme declara el Tribunal Supremo al examinar la admisibilidad de los recursos de casación que se interponen

contra las Sentencias de las Salas de lo Contencioso administrativo, de modo que por mucho que dichas Salas hayan fijado la cuantía del recurso contencioso administrativo que ante ellas se siguió en un importe superior al límite cuantitativo del recurso de casación, y por tanto hayan admitido la preparación de dicho recurso, tales declaraciones de las Salas de instancia no sujetan al Tribunal Supremo a los efectos de determinar si la casación es admisible por su cuantía, pues de otra manera se sustraería al Tribunal de casación el control de la admisibilidad por la cuantía que por Ley le corresponde, dejando la admisibilidad de la casación por razón de la cuantía en manos de las Salas de instancia, lo que no es de recibo, pues como ya se ha dicho al ser la cuantía de los recursos de apelación y de casación, una cuestión de orden público procesal, no queda su fijación a disposición de las partes y ni siquiera de los propios Tribunales de instancia y apelación o casación, que han de fijar la cuantía del proceso a los efectos del recurso que han de conocer con estricta sujeción a las normas que sobre la materia fijan las Leyes procesales y sin necesidad de que se alegue la inadmisión por la cuantía por las partes.

2º.- Que la cuantía del recurso, en fase de apelación, viene determinada, al margen de la suma inicialmente reclamada, por el montante económico a que se constriñe la pretensión o pretensiones mantenidas en la alzada. Y,

3º.- Que, en el presente caso, los recursos de apelación, según sus propios términos, se dirigen a la revocación de la sentencia impugnada; el del Ayuntamiento de Vigo, en el concreto y único particular de dejar sin efecto el pronunciamiento de condena relativo al abono a la actora de la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017, así como al abono del 100% de esas retribuciones fijas y periódicas en las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017, con intereses legales. Y, respecto del recurso de apelación promovido por la Sra. , el mismo se encamina, exclusivamente, a que el fallo de la sentencia de instancia se vea ampliado con la condena del Ayuntamiento demandado a satisfacer a la actora, además, la suma de 9.013,81 euros en concepto de pluses por horas nocturnas, festividad y jornadas de refuerzo, asignadas por calendario anual, durante su período de incapacidad temporal.

Por ello, la suma discutida en esta alzada, en lo que a la apelación de la Sra. se refiere, no es otra que la de 9.013,81 euros, cantidad inferior, obviamente, a los 30.000 euros a que se refiere el artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional. Ni siquiera con el incremento de los intereses legales que se puedan devengar, se podría alcanzar una cifra superior a esos citados treinta mil euros.

De nada vale argumentar que lo que se debate en el fondo es una cuestión de derecho consistente en determinar si esos pluses de nocturnidad, festividad o por jornada extraordinaria gozan de la consideración de retribución fija y periódica tal y como dicha parte, ahora, interesa.

Basta leer con detenimiento lo solicitado en el suplico de la demanda rectora para comprender que la Sra. formula una concreta y cuantificada reclamación económica que tasa en 9.013,81 euros por aquellos antedichos conceptos. Pretender salvar la limitación económica que da acceso al recurso de apelación por la vía de alegar que se trata de una cuestión jurídica que es lo que realmente le interesa, más allá del valor crematístico de lo reclamado, no resulta de recibo, pues, por un lado, este Tribunal no es un órgano consultivo y existe ya doctrina jurisprudencial suficiente al respecto y, por otro, porque, de haber sido como dice la actora otro debió haber sido su pedimento en el suplico de la demanda; petición que tampoco se recogía expresamente en la reclamación deducida ante la Administración en la fase previa a la jurisdiccional.

En lo que se refiere al recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Vigo, debemos dejar a un lado la invocada desviación procesal entre lo peticionado por la actora ante la Administración y lo suplicado en la demanda, que esta Sala, al igual que el Juez de instancia, no aprecia, pues debe entenderse que la pretensión de que "se le abonen las cantidades dejadas de percibir durante período de baja laboral por el accidente laboral sufrido", no deja de englobar, aun cuando sea de modo muy genérico, también a aquella pretensión relativa a los pluses.

En cuanto al fondo, el Ayuntamiento de Vigo postula la revocación de la sentencia apelada en lo que se refiere al pronunciamiento de condena relativo al abono a la actora de la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017, así como al abono del 100% de esas retribuciones fijas y

periódicas en las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017, con intereses legales.

Es evidente que, consideremos que ya está satisfecha aquella diferencia cuantitativa por el abono del 100% de las retribuciones de la actora (versión del ente municipal) o bien consideremos que solo lo está al 75% (postura de la Sra.) -cuestión que la propia sentencia apelada difiere a posterior fase de ejecución procesal-, lo cierto es que aunque sumáramos a la cantidad resultante los intereses legales y la repercusión económica de esa deuda en las pagas extraordinarias, jamás se alcanzaría la suma de más de 30.000 euros que haría viable el recurso de apelación por ella formulado.

De ahí que, conforme a lo antes expuesto, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Vigo no sea, en este caso, susceptible de recurso de apelación, por lo que debe declararse la inadmisión de los recursos planteados.

CUARTO.- Al tratarse el caso debatido de una cuestión de orden procesal, y siendo el pronunciamiento de la resolución que se va a dictar, en puridad, de inadmisión, no procede la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a las partes apelantes, todo ello conforme al artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. Máxime cuando fue el propio Juzgado de instancia el que impulsó el acceso de las partes recurrentes a esta alzada.

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

FALLAMOS: Inadmitir los recursos de apelación interpuestos por doña _____ y el Ayuntamiento de Vigo, y confirmar la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Vigo, en fecha 29 de enero de 2020.

No hacer imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de

TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0238-20), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.

Asinado por: BOLAÑO PIÑEIRO, MARIA AMALIA
Data e hora: 01/07/2021 13:07:40

Asinado por: FERNANDEZ CONDE, MARIA BLANCA
Data e hora: 01/07/2021 12:40:12

Asinado por: LOPEZ GONZALEZ, BENIGNO
Data e hora: 30/06/2021 11:02:31

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1

VIGO

Modelo: 559100

LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)
986 81 74 40

Equipo/usuario: MR

N.I.G: 36057 45 3 2019 0000598

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000329 /2019 /

Sobre ADMON. LOCAL

De D/ña:

Abogado: CRISTINA PESQUEIRA GARCIA

Procurador Sr./a. D./Dña:

Contra D/ña: CONCELO DE VIGO

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

Procurador Sr./a. D./Dña:

SENTENCIA: 00038/2020

SENTENCIA Nº 38/2020

En Vigo, a de enero de dos mil veinte.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 329/2019, a instancia de , representada por la Letrado Sra. Pesqueira García, frente al CONCELO DE VIGO, representado por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos; con el siguiente objeto;

Desestimación por silencio administrativo de la petición de la ahora demandante de reconocimiento del derecho a percibir los complementos salariales por situación de incapacidad temporal al amparo del art. 23 del Acuerdo Regulator de las Condiciones Económicas y Sociales de los Trabajadores al servicio del Concello de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de demanda en recurso contencioso-administrativo formulado por la representación de la Sra. impugnando la antedicha resolución presunta, solicitando se dicte sentencia por la cual se reconozca:

- a) el derecho de la actora a percibir la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas en el período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017;
- b) el derecho de la actora a percibir el importe íntegro de las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017;
- c) el derecho de la actora a percibir la cantidad de 9.013,81 euros, correspondiente a las horas nocturnas, festividad y jornadas de refuerzo que tenía asignadas por calendario anual, durante el período de incapacidad;
- d) todo ello, más intereses legales y costas.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se acordó tramitarlo por los cauces del proceso abreviado y recabar el expediente administrativo, convocándose seguidamente a las partes a una vista, que tuvo lugar el pasado día veintidós y a la que acudió la representación de la parte actora -que ratificó sus pretensiones-, así como la correspondiente a la Administración demandada, que se opuso a su estimación.

Se recibió el procedimiento a prueba, con el resultado que obra en acta, formulándose oralmente las conclusiones definitivas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del objeto del pleito

La Sra. , funcionaria del Concello de Vigo, con plaza y puesto de policía, inició su situación de incapacidad temporal, por causa de accidente laboral, el día 11 de noviembre de 2015. Situación en la que permaneció hasta el 19 de junio de 2017, en que el INSS no le reconoció una incapacidad permanente, ni siquiera parcial. Sobre este último extremo, conviene apuntar que el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en Sentencia de 3 de enero de 2019, declaró a la actora afecta a incapacidad permanente parcial, al considerarse suficientemente acreditada una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para su profesión, sin impedirle la realización de las tareas habituales de la misma.

Durante los primeros doce meses, el Concello le abonó el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas (salario base, complemento de destino y específico, así como antigüedad), pero no los complementos no fijos y no periódicos.

A partir del 1 de enero de 2017, y hasta el 19 de junio siguiente, el pago directo de la prestación por IT corrió a cargo de la Mutua Aseguradora FREMAP (entidad con la que el Concello tiene concertada la protección de incapacidad temporal por accidente de trabajo), que se correspondía con el 75% de la base reguladora diaria (118,56 euros día) y que se traducía en 88,92 euros día.

La pretensión deducida en el pleito consiste en que se le abonen los complementos no fijos y no periódicos durante todo el tiempo que permaneció de baja; que se le retribuya el 100% de las retribuciones fijas y periódicas de los últimos meses (de enero al 19 de junio de 2017); y que se le paguen correctamente las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017.

SEGUNDO.- De la resolución judicial

El art. 23 del vigente Acuerdo Regulador de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores al servicio del Concello de Vigo, aprobado por el Pleno el 28 de diciembre de 1998, expresa que, con carácter general,

la Corporación complementará en caso de baja médica las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social hasta el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas, agregando que también podrá acordar el mantenimiento de las retribuciones que no tengan tal carácter en determinados supuestos y siempre que la baja corresponda a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El Concello procedió a abonar al demandante el 100% de las retribuciones fijas y periódicas durante el primer año de incapacidad temporal, pero a partir del 1 de enero de 2017 fue la Mutua la encargada de efectuar el pago, que quedó rebajado al 75% de dichas retribuciones en ese período final de la baja.

El art. 169.1.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social dispone que tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas, entre otras, a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

En este sentido, el INSS comunicó al Concello de Vigo el 29 de diciembre de 2016 que había resuelto reconocer a la funcionaria la prórroga por un plazo máximo de ciento ochenta días (a contar desde el 10 de noviembre), al considerar que durante ellos podía el funcionario ser dado de alta médica por curación o por recuperación de la capacidad profesional, debiendo mantenerse el alta de trabajador y la cotización de la cuota empresarial correspondiente hasta que se produjese la extinción de la incapacidad temporal por alguna de las causas establecidas en el aer. 174.1 de la LGSS; esto es: por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o

sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social; o por fallecimiento.

De modo que, una vez transcurridos los primeros 365 días de baja, se prorrogó la situación de incapacidad temporal por espacio de 180 días, lo que nos sitúa en el 8 de mayo de 2017.

Aunque, en el ínterin se procedió a una nueva valoración médica para evaluar, calificar y revisar la situación de prórroga de incapacidad temporal, a consecuencia de la cual se resolvió emitir alta médica con fecha 22 de febrero de 2017, tal resolución del INSS fue anulada por esa misma Administración, reponiendo la prórroga.

Más tarde, se emitió nuevo alta médica con fecha de efectos del 26 de abril, pero se prorrogó inmediatamente la incapacidad por recaída.

El INSS procedió a incoar expediente de incapacidad permanente pero, ante la necesidad de que se mantuviese el tratamiento médico, la situación clínica de la trabajadora aconsejó (según se expresa en oficio obrante al folio 24 del expediente) demorar la calificación de la incapacidad permanente por un plazo máximo de seis meses a contar desde el día 9 de mayo.

El 19 de junio se denegó la prestación por incapacidad permanente; decisión que, como se expresó más arriba, sería parcialmente anulada por el Juzgado de lo Social nº 3 en sentencia de 3.1.2019.

Con relación las vicisitudes acontecidas, el art. 174.2 LGSS indica: cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que

corresponda. No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos. Durante los períodos previstos en este apartado, de tres meses y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar.

Del mismo modo que se pronuncia la jurisdicción social respecto de los operarios con vínculo laboral con el Concello, procede reconocer el derecho del demandante a percibir el 100% de esas retribuciones fijas y periódicas durante todo el proceso de incapacidad hasta un máximo de 545 días, aunque se produzca un pago delegado por parte de la Mutua una vez transcurridos los primeros doce meses.

Y ese mismo porcentaje ha de trasladarse a las dos pagas extraordinarias en cuestión.

En nuestro caso, se desconoce si las cantidades percibidas por la demandante a través de la Mutua son superiores (como defiende el Sr. Letrado del Concello) o no a las que debería haber percibido por estos conceptos, por lo que no queda otra opción que diferir al trámite de ejecución de sentencia los cálculos precisos para determinar la existencia déficit o exceso.

Lo que no puede prosperar es la pretensión de que, durante todo el período de baja (que, como se ha indicado, solo puede contemplar el máximo de 545 días), se le abonen los complementos no fijos y no periódicos, porque carece de sustento normativo. El art. 23 arriba plasmado hace referencia a las bajas por causas de enfermedad profesional o accidente de trabajo, pero con carácter potestativo y siempre con relación a "determinados supuestos" que no llegan a especificarse. En cualquier caso, se trata de un supuesto excepcional que únicamente podría plantearse con relación a específicos puestos de

trabajo o a situaciones especialmente lacerantes que requerirían una apreciación restrictiva y motivada, en ejercicio de una potestad discrecional limitada. Y así aconteció, efectivamente, en el caso a que se refiere el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local de 15.9.2008, en que se decidió el abono del 100% de los recargos por festividad y nocturnidad en caso de accidente laboral al servicio de extinción de incendios y salvamento del Concello de Vigo, que se efectuaría en las cuantías que procediesen a tenor de la distribución de las jornadas de trabajo previamente establecidas en los cuadrantes mensuales del servicio; acuerdo que concretaba su ámbito temporal de aplicación: desde el 1 de diciembre de 2017 al 31 de diciembre de 2018.

En nuestro caso, no consta la existencia de un acuerdo semejante con relación al cuerpo de Policía Local, y menos aún que contemple el lapso temporal a que se refiere la pretensión actuada en este pleito.

Además, los complementos que se solicitan vienen anudados a un especial desempeño o dedicación, o a una prolongación de la jornada laboral, lo que presupone la prestación efectiva de servicios.

Con independencia y pleno respeto hacia lo resuelto por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo en su Sentencia de 18.10.2018 que la demandante ha aportado (y que se refiere a un sepulturero con vínculo laboral con el Concello), se ha de partir de que, dada la condición funcional de la recurrente, su sistema retributivo no puede ser otro que el previsto en la Ley.

Las retribuciones por los conceptos de nocturnidad, trabajos en festivos y en excesos de jornada son gratificaciones por servicios extraordinarios. Retribuyen trabajos realizados en una jornada que no se considera normal, por lo que no deben incluirse entre las retribuciones a percibir en los periodos de baja por enfermedad. Las gratificaciones solo pueden retribuir periodos efectivos de trabajo.

El Tribunal Supremo (Sta. de 22.12.1995), en relación a la llamada penosidad nocturna y penosidad festiva, o retribuciones percibidas por trabajos en horas nocturnas o en domingos y festivos ha establecido que dichas retribuciones son gratificaciones por servicios extraordinarios.

Mientras que el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su función, con independencia del tiempo en que se lleve a cabo, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados en una jornada que no se considera normal, calificando como gratificaciones dichos complementos de penosidad, nocturnidad y festivo, que no son fijados en atención a las características del puesto de trabajo con independencia del tiempo en que se lleve a cabo.

Además, por definición legal, en ningún caso serán fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo las retribuciones extraordinarias que correspondan a trabajos fuera de la jornada normal, por lo que no deben ser incluidas entre las retribuciones a percibir en los periodos de baja por enfermedad.

En este sentido, el art. 137.2 d) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia define como retribuciones complementarias las gratificaciones por servicios extraordinarios, realizados fuera de la jornada normal, que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su percepción. También tendrán la consideración de gratificaciones extraordinarias las compensaciones económicas no incluidas en el complemento de puesto de trabajo que se devenguen por la prestación de servicios en regímenes de jornada distinta a la ordinaria, cambios de turno, realización de guardias localizadas o de trabajos nocturnos o en sábados, domingos y festivos, o participación en campañas de incendios forestales.

Trasunto del art. 69 d) del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, y

del art. 64 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia, tras la modificación operada por la Ley 3/1995.

En ese sentido ha de interpretarse el acuerdo de la Xunta de Gobierno Local de 15.10.2012: las "retribuciones de las que se viniera disfrutando" hacen referencia a las fijas y periódicas, no a las que dependen de las circunstancias de desarrollo de la actividad por parte del funcionario".

Para finalizar, resta añadir que el Acuerdo regulador municipal aún se halla vigente.

El artículo 38.10 del TREBEP dispone que se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmado, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

Ciertamente, se trata de un supuesto que faculta para la suspensión unilateral, bastando con informar a las Organizaciones Sindicales sobre las causas que motiven tal decisión, pero no consta que en el Concello de Vigo se haya adoptado una decisión semejante.

Por lo expuesto, se estima en parte la demanda, sin que se aprecie desviación procesal. En la reclamación administrativa, la Sra. solicitaba llanamente que, en aplicación del repetido art. 23 del Acuerdo regulador, se le abonasen las cantidades dejadas de percibir durante el período de baja laboral. En la demanda, se han especificado las partidas o componentes en que se desglosa esa solicitud, sin que se añada ninguna pretensión sustancialmente distinta.

TERCERO.- De las costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., no procede efectuar expresa imposición de las costas del proceso, toda vez que la demanda es parcialmente estimada.

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

FALLO

Que estimando como estimo en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por frente al CONCELLO DE VIGO, seguido como PROCESO ABREVIADO número 329/2019 ante este Juzgado, contra el acto presunto desestimatorio descrito en el encabezamiento, lo declaro contrario al ordenamiento jurídico y lo anulo.

Como situación jurídica individualizada, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a que la Administración demandada le abone la diferencia entre lo percibido de la Mutua y el 100% de sus retribuciones fijas y periódicas en el período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de junio de 2017, más intereses legales, así como el abono del 100% de esas retribuciones fijas y periódicas en las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2017.

En consecuencia, condeno a la Administración demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a abonar las cantidades resultantes.

Desestimo el resto de pretensiones contenidas en la demanda.

No se efectúa expresa imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que (dado que la pretensión deducida estriba en la declaración de derechos) no es firme y que contra la misma cabe interponer Recurso de apelación, en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, del que conocerá el Tribunal Superior de

Justicia de Galicia; para su admisión, será preciso ingresar la suma de cincuenta euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-