

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00048/2022

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE VIGO

Modelo: N11600
C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº2
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000675
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000358 /2021 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: MARIA MERCEDES FERNANDEZ PEREIRA
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 48/2022

En Vigo, a 24 de febrero de 2022

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- representado y asistido por el letrado/a: María Mercedes Fernández Pereira, frente a:

- Concello de Vigo representado y asistido por el letrado/a: Xesús Manuel Costas Abreu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 3 de noviembre del 2021, mediante demanda recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la solicitud que dirigió a la demandada el 23 de octubre del 2020, para la gratificación por

servicios especiales, exceso de jornada y abono de diferencias retributivas.

En la demanda pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, y se declare el derecho del actor a que el cálculo de las horas realizadas por servicios extraordinarios se realice en la forma expresada en la demanda (salario base + antigüedad+ complemento específico + complemento de destino) X 12 +2 pagas extras, con las consecuencias económicas y administrativas inherentes dicho reconocimiento, con condena de futuro e incluyendo los atrasos económicos derivados de dicho cálculo, en la retribución de las horas realizadas en los últimos cuatro años anteriores a la reclamación, incrementados en sus intereses legales, y todo con imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 8 de noviembre del 2021, se recibió el expediente administrativo de la Administración demandada, el 10 de diciembre del 2021, se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que pudiera hacer las alegaciones que tuviera por conveniente.

Se celebró la vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), el 27 de enero del 2022, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la Administración demandada la contestó oponiéndose a su estimación, al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho.

La cuantía del recurso se estableció definitivamente en indeterminada.

Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo. Tras breves conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recordamos nuestra sentencia, de este órgano jurisdiccional, de 31 de julio del 2019, recaída en el PA 45/19, examinando la validez de la resolución de 11 de octubre del 2018, que supuso la desestimación de la solicitud de gratificación por servicios especiales, exceso de jornada y abono de diferencias retributivas, y la resolución de 22 de noviembre del 2018, de la junta de gobierno local de la demandada, que en reposición, confirmó expresamente esa denegación.

Pero resulta obligado también recordar que tras dicho pronunciamiento recayeron otros, sobre materia similar, en los que examinamos con mayor amplitud, con gran angular, al problemática relativa al abono de las horas extraordinarias de este colectivo, bomberos de Vigo. Y la coherencia y unidad

de criterio, nos empuja a traer a colación parte de la fundamentación jurídica que sustentó la decisión entonces, y así, dijimos:

“DUODÉCIMO.- Pues bien, hemos de reconocer que la perspectiva de nuestra sentencia de 31 de julio de 2019, recaída en el PA 45/19, no es la misma que la del presente pleito, y por ello, sus conclusiones, en general, no son trasladables al presente.

En aquella ocasión el enfoque de la controversia fue mucho más estrecho, se ciñó el debate a dilucidar cómo se debían abonar las que por la nomenclatura empleada por el Concello de Vigo y los argumentos y prueba desplegados por ambas partes, consideramos auténticas horas extraordinarias.

Ahora sabemos que ni aquéllas, ni éstas son realmente horas extraordinarias, realizadas por encima de la jornada ordinaria, y sabemos también que cualquier invocación de la Disposición transitoria 6.^a del Acuerdo regulador de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores al servicio del Concello de Vigo, resulta anacrónica, por haber perdido vigencia.

Pero tan claro como tenemos que no todas las horas que se realicen fuera del régimen de turnos, son extraordinarias (lo serán solo las que excedan del cómputo anual), tenemos que, a efectos retributivos da igual, ya que las que excedan de los turnos y no de la jornada en el cómputo anual, deben remunerarse al mismo valor que el de la hora normal de trabajo, y las otras (las auténticamente extraordinarias), como mínimo y a falta de regulación que establezca lo contrario, también.

Trasladado al supuesto enjuiciado supone que si la demandada admite que ha retribuido esas “horas en exceso” o gratificaciones por exceso de jornada, de acuerdo con lo previsto en la cláusula tercera de la Disposición transitoria 6.^a del Acuerdo regulador, lo ha estado haciendo mal, pues a esa conclusión llegamos en nuestra sentencia de 31 de julio de 2019, recaída en el PA 45/19, y es el provecho jurídico que tiramos de ese anterior pronunciamiento.

Aunque la fórmula de cálculo ahora la reputamos superada, no vigente, con su anterior análisis, tuvimos ocasión de comprobar que la demandada la ejecutaba de forma incorrecta, en detrimento del empleado público, ya que dentro de los conceptos que debían formar parte del dividendo inicial, de las retribuciones fijas y periódicas del empleado, no incluía el importe de las dos pagas extraordinarias.

En resumen y en general, afirmamos que el colectivo de bomberos actualmente con el horario especial que tienen de cinco turnos rotatorios que tienen establecido no cumplen la jornada en el promedio anual que tienen establecida. Pero debido al déficit de efectivos existente su horario tampoco se cumple, por lo que se ven en la obligación de realizar horas por encima de esa distribución horaria que deben ser, desde luego, retribuidas de conformidad con el valor de la hora normal de trabajo porque es lo que es, trabajo. Y en

concreto, por lo que respecta al actor, las horas desarrolladas por el recurrente rebasando su horario pero dentro de su jornada anual promediada, deben retribuirse al mismo valor que la hora normal de trabajo, tal como ya dijimos en aquel pronunciamiento, sentencia de 31 de julio de 2019, recaída en el PA 45/19, a lo que solo debemos añadir, en respuesta a la pretensión subsidiaria actora, que es correcta la división del resultado final obtenido, entre 450 minutos, siete horas y media, que es la duración media de la jornada laboral diaria.”

SEGUNDO.- Esto es, ahora igual que en aquellos tantos otros procedimientos que resolvimos el pasado verano, 2021, no se ha acudido por la actora al mecanismo de la extensión de efectos, art. 110 LJCA, predicado respecto de nuestra sentencia, de 31 de julio del 2019, recaída en el PA 45/19, y ello nos permite resolver la presente demanda con mayor libertad de criterio, sin la estrecha sujeción propia del incidente de extensión de efectos.

Y esta libertad propia del proceso declarativo es la que nos permite reparar en los razonamientos de nuestras anteriores sentencias, como la reproducida en parte y que consideramos enteramente predicables del supuesto ahora litigioso, en la medida en que el actor pertenece al mismo colectivo profesional y no se ha desplegado prueba que demuestre que su situación en el plano horario y retributivo, sea distinta de la de sus compañeros. Por tanto, en relación al actor, igual que respecto de sus colegas, hay que concluir las ideas que hemos destacado en negrita en el anterior fundamento jurídico, es decir, que partimos de dos realidades diferenciadas, jornada y horario.

El marco jurídico de la jornada laboral del recurrente pasa por lo dispuesto en el art.94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBL):

“La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada.”

El Reglamento del servicio de extinción de incendios, aprobado por el pleno del Concello de Vigo, el 29 de mayo del año 1998, en su art. 8 y en un anexo, aborda la jornada de trabajo de la siguiente forma:

La jornada será la misma que la establecida para cualquier funcionario en el cómputo anual, si bien, por necesidades del servicio puede ser ampliada y en ese caso será retribuida según el Convenio.

En la actualidad el Concello de Vigo, atiende a la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la

Administración General del Estado y sus organismos públicos, que mantiene ésta en 37,5 horas semanales, 1.642 horas anuales de promedio.

En consecuencia, todos los empleados públicos estatales, y también de las entidades locales, deben realizar al año 1.642 horas de promedio.

El horario es la forma en la que se distribuye esa jornada laboral y la lógica conduce a que la suma de las fracciones que representen el horario, sea igual al de las horas de la jornada, pero no siempre es así, y es el caso de los bomberos de Vigo. Debido a la distribución en turnos de la jornada de los efectivos del cuerpo de bomberos, desde el año 2011, se pasó de cuatro a cinco turnos, que se desarrollan en jornadas de 24 horas, con la siguiente secuencia:

Jornada de 24 horas-descanso de 72 horas + jornada de 24 horas-descanso de 72 horas + jornada de 24 horas-descanso de 144 horas.

De esta secuencia resultan al año 73 jornadas de trabajo, con deducción del mes de vacaciones, siete jornadas, resultan 66 jornadas de trabajo anual efectivo, que son 1.584 horas/año por empleado.

Ahora bien, sabemos también que para el mantenimiento de los servicios mínimos indispensables, son precisos veinte efectivos por retén, y se impone realizar horas de exceso de horario, de refuerzo que se ejecutan tras el descanso largo de 144 horas, garantizando un descanso mínimo de 48 horas entre el inicio y final de las jornadas de trabajo.

Esto es y en resumen, a) hay un déficit de efectivos en el cuerpo de bomberos de Vigo; b) con el horario actual establecido, si se respetase absolutamente no se cumplirían las horas de la jornada en el cómputo anual promediado; c) la correcta satisfacción de las necesidades del servicio condujo, conduce a que, debido a esa insuficiencia de medios personales, no se cumpla el horario previsto y numerosos efectivos, entre ellos el actor, hubieran de realizar más horas de las que les correspondería en atención a aquél; d) no se ha acreditado que ese exceso de horario suponga un exceso de jornada en el cómputo anual; el exceso de horario siempre ha sido abonado por la demandada.

Y la cuestión es cómo debe abonarse, y a esta pregunta ya hemos respondido que a partir de las Instrucciones de la plantilla y en el Convenio regulador, se establece la identidad en el valor de la hora extraordinaria, con el de la ordinaria, por lo que esas horas, que el recurrente hubiera realizado por encima de su horario, y las que realice en el futuro, mientras no se modifique el régimen, deben retribuirse igual que el valor de la hora normal de trabajo. Ya hemos desautorizado la fórmula municipal empleada para ese cálculo, debido a la superación de la Disposición transitoria

6.^a apartado tercero, del Convenio que la establece, y porque con arreglo a la misma resultaba un valor inferior al del importe de las horas ordinarias, vulnerándose así la norma convencional que establece el valor del importe de la hora normal de trabajo. Entonces, la conclusión es clara: para el cálculo del importe de la hora ordinaria se tienen en cuenta las pagas extraordinarias **porque forman parte de las retribuciones básicas** ex art. 23.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Luego, para el cálculo de la hora extraordinaria, deben ser tenidos en cuenta los mismos conceptos, los que se comprenden en el art. 20.1 del Acuerdo regulador de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores al servicio del Concello de Vigo, incluyendo también el importe prorrateado de las dos pagas extraordinarias integrantes de las retribuciones básicas y empleando la fórmula prevista en el apartado cuarto a) de las instrucciones del plantilla vigentes.

De manera que apreciamos la disconformidad a Derecho de la actuación impugnada y estimamos la demanda, condenando a la demandada a abonar al recurrente las cantidades debidas por este concepto, diferencias retributivas derivadas del abono irregular de las horas extraordinarias realizadas en los cuatro años anteriores a su solicitud, **ex art. 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria**, incrementadas en sus intereses legales, y a que, en tanto no se modifique este régimen retributivo, en lo sucesivo, el cálculo para el abono de las gratificaciones extraordinarias, horas realizadas por encima del horario (o incluso, por encima de la jornada, tanto da), deba incluir la cuantía prorrateada de las dos pagas extraordinarias que tiene reconocidas el actor.

TERCERO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo, por lo que merecen ser impuestas a la demandada. No obstante el mismo precepto permite su limitación y según criterio mantenido por los juzgados de lo contencioso-administrativo de esta ciudad y atendiendo a la naturaleza y cuantía del litigio, no apreciando circunstancias excepcionales que aconsejen fijar otro importe, se señala como límite máximo de la condena en costas, la suma de 200 euros.

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

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrada Mercedes Fernández Pereira, en nombre y representación de , frente al Concello de Vigo, y la desestimación presunta de la solicitud que le dirigió, el 23 de octubre del 2020, para la gratificación por servicios especiales, exceso de jornada y abono de diferencias retributivas, que declaro disconforme a Derecho, anulo y revoco.

Condeno al Concello de Vigo a abonar a , las cantidades debidas por este concepto, diferencias retributivas derivadas del abono irregular de las horas extraordinarias realizadas en los últimos cuatro años, incrementadas en sus intereses legales, desde que debieron ser abonadas, y a que, en tanto no se modifique este régimen retributivo, en lo sucesivo, el cálculo para el abono de las gratificaciones extraordinarias, horas realizadas por encima del horario incluya la cuantía prorrateada de las dos pagas extraordinarias que tiene reconocidas el actor.

Con imposición de costas, con el límite expuesto.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo
