



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: (Genérico): 951939076

Fax: 951939176

N.I.G.: 2906745020170000155

Procedimiento: Procedimiento abreviado 24/2017. **Negociado:** 4

Recurrente: [REDACTED]

Letrado: MARIA SUSANA SANCHEZ-BAYO TIERNO

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrados: S.J.AYUNT. MALAGA

Acto recurrido: (Organismo: AYUNTAMIENTO MALAGA)

SENTENCIA Nº 77 / 2020

En la ciudad de Málaga a 5 de marzo de 2020

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número 24/2017 interpuesto por la Letrada Sra. Sánchez-Bayo Tierno quien ejerció la representación y asistencia jurídica en nombre de [REDACTED] en representación del fallecido [REDACTED] contra la desestimación por el Ayuntamiento de Málaga mediante decreto de 2 de junio de 2016, de previa solicitud para pago de funciones profesionales superiores prestadas, representada la administración municipal por el Letrado Sr. Fernández Martínez, siendo la cuantía indeterminada pero inferior a 30.000 € ,euros resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2017 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito de demanda por la Letrada Sra. Sánchez-Bayo Tierno actuando en nombre y representación de [REDACTED] en representación del fallecido [REDACTED] en la que tras señalar la desestimación por silencio de solicitud presentada el 13 de mayo de 2016 reclamación de cantidades por el reconocimiento de la realización de funciones superiores a su categoría, efectos económicos retroactivos instado por el actor en nombre su hermano fallecido, solicitando nuevamente el la emisión de certificado individual acreditativo de las fundadas que realizan funciones superiores tal como había solicitado en fecha 23 de diciembre de 2015; y presentado ante nuevos silencio recurso el 4 de noviembre, siendo interpelado el decreto por aquellas fechas tuvo conocimiento y que había sido dictado el 2 de junio de 2016 pero sin hasta el 17 de noviembre de aquel año . En dicho escrito rector, tras alegar los hechos y motivos que estimó de su interés solicitó el dictado de sentencia por el que fuese declarada la nulidad por disconformidad derecho del decreto número 309770/2 de 2 de junio de 2016, registro de salida número 8954;



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

el reconocimiento actor y en representación de su hermano fallecido de la realización de funciones superiores a la categoría de [REDACTED] siempre que la realice y al menos, cuando ejerciera jefatura de turno, o de responsable de unidad territorial o grupos especiales o subgrupos; asimismo el reconocimiento del derecho al mismo a percibir las diferencias salariales existentes por lo percibido en función a su categoría y lo que debiera recibir en la realización de dichas funciones superiores desde el 11 de noviembre el 2010 hasta la fecha resolución de este recurso con el consiguiente efecto retroactivo

Por decreto de 2 de mayo de 2017 se admitió a trámite la demanda interpuesta fijando como fecha para vista 10 de octubre de 2018 si bien la misma no se pudo celebrar en el momento inicialmente señalado.

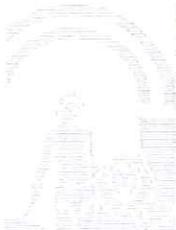
SEGUNDO.- Por Diligencia de Ordenación de 5 de octubre de 2018 se señaló nuevamente vista para el 20 de marzo de 2019.

Finalmente y celebrado el acto del juicio al tercer señalamiento, el mismo se llevó a cabo con el desarrollo de los trámites oportunos de contestación, fijación de cuantía y proposición, admisión y práctica de medios probatorios tras lo cual se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

Por último, dada cuenta de los autos pendientes de resolución, se dio curso conforme orden de antigüedad de los recursos conclusos para sentencia no pudiendo cumplirse con los plazos procesales para el dictado de sentencia por necesidades del servicio y sobrecarga de trabajo del presente órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente, [REDACTED] en representación de su hermano fallecido [REDACTED] se intereso la declaración de nulidad por disconformidad derecho del decreto dictado por el Ayuntamiento de Málaga que le denegó una CE de cantidades reclamadas por las funciones de superior categoría que se decían haber llevado cabo por el finado. A este respecto y acudiendo la esencia del escrito rector, tras haberse solicitado lo anterior en varias ocasiones interpuesto recurso contra la nueva desestimación por silencio 4 de noviembre el 2016 se le dijo por la administración municipal recurrida que ya se había dictado resolución expresa de forma desestima Torio pero la que no fue notificado hasta días más tarde de la interposición del recurso contra el silencio negativo. En dicha resolución, además de ignorarse nuevamente la solicitud varias veces requerida de emisión de certificado individual acreditativo de las veces que se habían realizado funciones superiores, no era admisible desde el punto de vista de la parte, alegar que no se podía estimar la reclamación interpuesta por no quedar acreditado lo que se solicitaba, cuando base y fundamento de su petición era la prueba que se había solicitado estaba en tres ocasiones, es decir el certificado





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

individual por parte de la jefatura de la Policía Local del Ayuntamiento de Málaga sobre las veces y funciones superiores ejercidas y que no se quiso facilitar por el desinterés de la administración recurrida; y a sabiendas la dificultad de la parte de acceder a dicho registro. Durante la realización de dichas labores y funciones superiores en dichos destinos del jefatura de turno el hermano del actor no percibió las diferencias salariales en concepto específico ni de destino que conlleva a tenor de lo dispuesto en artículo 22.3 y 24 del EBEP. Y es que la carencia de subinspectores en la plantilla en la Policía Local de la ciudad provocaba que, de forma permanente fuesen ejercidas las funciones atribuidas por los oficiales siendo que, aún poésia de la escala básica, realiza continuamente y de forma indefinida funciones de policía de escala ejecutiva. La administración se limitó a denegar la solicitud en base a una sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Málaga en el PA 42/2011 motivos que la parte no consideraba suficientes para desatender su pretensión.

Por ello, al estimar que las labores de superior categoría, todas las de subinspector cuando ejercían las de jefe de turno, todas las funciones superiores realizadas, responsable de unidades territoriales y subgrupo por quienes las ostenta; y sobre todo efectuadas de forma habitual y continuada no podían pararse en el artículo 63 RPL por la continuidad de dicha funciones. Atendido el artículo 73.2 del Texto Refundido del EBEP; realizando en sede fundamentos una descripción de las funciones tanto de la jefaturas señaladas como las de la condición de su inspector pero desempeñadas por quien tenía la sola condición de oficial de policía local por la carencia de subinspectores en la Policía Local de Málaga; en relación con el citado artículo 63 del Reglamento de Policía Local de Málaga y éste a su vez, el artículo 60 y 61; considerando que a pesar de ese ejercicio continuado y habitual existía una discriminación retributiva entre lo percibido por los oficiales funcionarios de la policía local y los bomberos en su homóloga categoría, recordando los pronunciamientos de varias Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia incluida la Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga de 25 de marzo de 2013, recurso 1401/09, y considerando un enriquecimiento injusto de la administración la decisión adoptada, se solicitaba el dictado de sentencia conforme pronunciamiento y adelantado más arriba.

SEGUNDO.- Frente a lo anterior, como no podía ser de otra forma a estas alturas de la litis y por la representación del Ayuntamiento de Málaga, se mostró oposición a todo lo solicitado al adverso. Para empezar, partiendo en común de los hitos cronológicos sobre los escritos y recursos planteados por el actor; y especificadas las escalas y categorías de los cuerpos de Policía Local de Andalucía según resultaba de la Ley 13/2001 de 11 de diciembre de Coordinación de Policías Locales, se identificaba la pretensión de contrario, en esencia, el reconocimiento de funciones de categoría de subinspector perteneciente la escala ejecutiva para que se exigía estar en posesión del título universitario de grado según el artículo 76 del EBEP. Por otra parte lo que ocurría no era una sustitución de los su inspectores sin hora de realización de funciones propias de la categoría de oficial en las que el reglamento de Policía Local de Málaga asignaba funciones de jefe de turno,



indistintamente a los subinspectores y a los oficiales. Recordando la literalidad del artículo 63 del citado reglamento y señalando que los puestos de mando en la policía local del ayuntamiento recurrido estaban configurados de forma polivalente para hacer posible la suplencias y sustituciones entre ellos con la exclusiva finalidad de dar continuidad al servicio y servir a los intereses generales, la jefatura de turno correspondiente en una unidad de policía local no era, a su subjetivo parecer, un puesto de trabajo sino una función encomendada indistintamente la dos categorías. A su vez y según el parcial entender de la parte, la jurisprudencia venía exigiendo que para el reconocimiento y abono de diferencias retributivas era necesario el desempeño efectivo y continuado de un puesto de trabajo, no siendo suficiente la asunción de ciertos cometidos o funciones que forman parte del mismo. Por otra parte y sobre la descripción contenida los artículos 60 y 61 del reglamento de la policía local, tampoco era cierto la existencia de identidad funcional que aducía los recurrentes. En resumidas cuentas, tras señalar resoluciones de la Sala III del Tribunal Supremo así como de varias Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia ; recordando además que cualquier reclamación de cantidad anterior al 18 de mayo de 2012, atendida de la reclamación se presentó el 18 de mayo de 2016, estaría prescrita por aplicación del artículo 25 de la Ley General Presupuestaria 47/2003 de 26 de noviembre; que el fallecimiento del hermano el recurrente tuvo además lugar el 18 de noviembre el 2015 con lo que no podía pretender exigir cantidad alguna hasta la fecha de interposición del recurso contencioso así como el dictado de varias sentencias por órganos unipersonales de este partido judicial que avalaban su posición, se interesó el dictado de sentencia desestima con los pronunciamientos inherentes.

SEGUNDO.- Una vez expuestas las líneas maestras de los escritos y posiciones de las hoy litigantes, no está de más, atendida la pretensión de declaración de nulidad solicitada por el actor en su escrito de demanda, comenzar recordando que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el antiguo artículo 62 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de RJAP y PAC, y calcados en el actual art. 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre PACAP, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.

En este mismo sentido, nos recuerda de forma muy gráfica la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que "...



la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (*odiosa restringenda sunt*)."

Por otra parte, atendida la materia planteada, es ilustrativa al caso la Sentencia dictada por la **Sala III del Tribunal Supremo, Sección 4, de 18 de enero de 2018** en la que, tras describir el objeto del recurso en el Fundamento Primero, la exposición de las posiciones de ambas partes en los Fundamentos Segundo y Tercero y, alcanzar una conclusión razonada de estimación parcial con retroacción de actuaciones en el Fundamento Quinto, razona lo que a continuación se transcribe:

"SEGUNDO.- El interés casacional objetivo y el escrito de interposición.

Según hemos visto en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de esta Sala de 10 de abril de 2017 que ha acordado la admisión del presente recurso de casación aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la determinación de si los preceptos presupuestarios mencionados por la sentencia enervan o no esa jurisprudencia consolidada hasta ahora que preconiza la correspondencia entre las retribuciones complementarias y las funciones materialmente realizadas por los empleados públicos ya que lo contrario comportaría una discriminación contraria a los artículos 14 y 23.2 de la Constitución . O si, por el contrario, se refieren únicamente al supuesto de que el funcionario realice tareas concretas u ocasionales de otro puesto de trabajo pero no la totalidad de sus funciones y responsabilidades.

También entiende el auto de la Sección Primera que si se concluyera que produce ese efecto enervador y supone que en ningún caso cabría reconocer el derecho a percibir las retribuciones complementarias de un puesto distinto a aquél para el que ha sido nombrado un funcionario aunque acreditase que las ha desempeñado en su totalidad, entonces, dice el auto, habría que "preguntarse si aquellos preceptos de las leyes de presupuestos vulneran o no el principio de igualdad consagrado en los artículos 14 y 23.2 CE , sobre todo si se tiene en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala" de la que se ha hecho mención.

Justifica la apreciación del interés casacional en que la sentencia recurrida entra en contradicción con el criterio seguido por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2 a) de la Ley de la Jurisdicción] -las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aportadas por las recurrentes-- y en que sobre los artículos de las Leyes de Presupuestos indicados por la Sala de Madrid no existe jurisprudencia [artículo 88.3 a)].



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Por su parte, las [REDACTED], por un lado reajustan sus pretensiones a la luz de las consideraciones de la sentencia y del auto de admisión ya que no mantienen la de que se les abonen las diferencias correspondientes a las retribuciones básicas sino solamente las relativas a las complementarias. De otro lado, según veremos, van a solicitar que, previa anulación de la sentencia recurrida, a la que critican no haber tenido en cuenta el resultado de la prueba practicada, en vez de resolver sobre sus pretensiones de fondo, dispongamos la retroacción de las actuaciones para que, una vez resuelta su admisión, precisamente a la vista de las pruebas, la Sala de Madrid se pronuncie nuevamente.

Sobre la procedencia de anular la sentencia, nos dicen que lleva a cabo una interpretación errónea de los preceptos de las leyes de presupuestos, en contradicción con el criterio de otros tribunales y de la doctrina. Al parecer de las recurrentes en casación la jurisprudencia consolidada sobre la cuestión sigue siendo plenamente aplicable sin que sea preciso plantear la inconstitucionalidad de los artículos de referencia. Mantienen, en este sentido, que se refieren a los supuestos de realización de tareas concretas de otro puesto de trabajo y que, por tanto, no es aplicable el límite que fijan a casos en los que se produce la realización continuada y habitual de cometidos de un puesto de categoría superior. La sentencia de la Sala de Madrid, al aplicarlo, dicen las recurrentes, ha vulnerado el principio de igualdad que consagran los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

A partir de aquí reproducen fundamentos de las sentencias n.º 431/2015, de 2 de junio (recurso n.º 623/2012), 310/2015, de 22 de abril (recurso 919/2012) de la Sección Cuarta de la Sala de Barcelona, y de la n.º 232/2015, de 31 de marzo (recurso 442/2012) de la Sala de Palma de Mallorca. Además, precisan que para reconocer el derecho de un funcionario a las retribuciones complementarias de un puesto superior no es preciso que realice todas y cada una de las que le son propias sino que desempeñe "de manera habitual e indiscriminada las que en esencia son sustanciales al mismo".

[REDACTED] quieren que acojamos, además de su pretensión de la anulación de la sentencia recurrida, la de retroacción de las actuaciones prevista en el artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción al momento anterior a la admisión de los medios de prueba. Explican que la Sala de instancia no les admitió todos los que propusieron para demostrar que realizaron las funciones de puestos de trabajo reservados a funcionarios del grupo C2 y nivel 20 precisamente porque consideró que razones de legalidad impedían acoger sus pretensiones.

Por último, piden la revocación de la condena en costas que se les impuso en la instancia.

TERCERO.- La oposición del Abogado del Estado.(...)

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



Nadie ha discutido en todo el litigio que, efectivamente, existe una jurisprudencia consolidada según la cual al funcionario que acredita la realización de las funciones de un puesto de trabajo distinto del suyo y con retribuciones complementarias superiores se le deben satisfacer los complementos de destino y específico del que efectivamente ha desempeñado. Esa jurisprudencia no ha considerado que el significado del nombramiento en el que se detiene el escrito de oposición impidiera dar igual trato retributivo a quien realice iguales cometidos. El mismo hecho de que se haya formado y mantenido pone de manifiesto una realidad de la Administración Pública: la existencia de supuestos en que funcionarios realizan cometidos de puestos que no son los suyos o que puestos de trabajo con el mismo contenido funcional tienen asignados complementos diferentes. Se trata, desde luego, cuando menos de una disfunción, pero es un fenómeno que se ha dado en la medida suficiente para que el Tribunal Supremo haya llegado a establecer esa doctrina.

Asimismo, debe destacarse que es una práctica imputable a la propia Administración, que es la que debe asegurar la correcta provisión de los puestos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones y crear las condiciones en las que no exista la posibilidad o la necesidad de que funcionarios destinados en un determinado puesto realicen las tareas de otro.

No es irrelevante a los efectos del debate planteado la circunstancia de que el artículo 24 del Estatuto Básico del Empleado Público no constituya un obstáculo. La sentencia recurrida no dice que sea el que impide atender la reclamación de las Sras. Asunción y Delia sino que para ello ha de atenderse a los factores en él previstos. Sucede, sin embargo, que este precepto no establece un número tasado de supuestos en los que cabe retribuir complementariamente más allá de lo que corresponde a su puesto de trabajo a un funcionario. Al contrario, utiliza una cláusula abierta.

Dice así:

Artículo 24. Retribuciones complementarias.

La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.



c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Es significativo que diga "entre otros, a los siguientes factores" cuando el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, no lo hacía y que bajo sus prescripciones se desarrollase la jurisprudencia que se ha seguido manteniendo y que, para la Sala de Madrid, ya no permitirían los preceptos de las leyes presupuestarias. Así, pues, el verdadero obstáculo lo ofrecerían únicamente estos últimos que repiten año tras año en el periodo relevante que las tareas concretas que realicen los funcionarios no pueden amparar su retribución diferente a la que corresponde al puesto para el que se les haya nombrado.

Contrastada esa prescripción con el principio de igualdad, concretado ahora en la afirmación de que a igual trabajo debe corresponder igual retribución, no parece representar el impedimento advertido por la Sala de Madrid. La realización de tareas concretas, se supone que de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se ha formado la jurisprudencia de la que se viene hablando. El dato que ha considerado es, en realidad, el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos --es la identidad sustancial la relevante-- pero a eso no se refiere la norma presupuestaria porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas. Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración.

QUINTO.- El juicio de la Sala. La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la retroacción de las actuaciones. (por falta de admisión de medios probatorios por el órgano "ad quo").

Este criterio se ha mantenido en las posteriores resoluciones, a modo de ejemplo, Sentencia de la meritada Sala Contencioso, sección 4 del 20 de noviembre de 2019.

TERCERO.- Descendiendo al supuesto aquí litigioso, como explicación previa, este juzgador considera necesario pedir disculpas por el retraso que acumulan la presente resolución y ello toda vez que a pesar de los esfuerzos que se realizan por este órgano jurisdiccional (distanto pasado año 700 sentencias y algo más de 650 autos de medidas cautelares) el inasumible número y volumen de trabajo de entrada que tiene este juzgado frente a otros órganos, de la misma jurisdicción, pero en otros partidos judiciales como el de Sevilla o el de Córdoba, impide atender



todas las cuestiones y acciones planteadas por los recurrentes en los tiempos que serían deseable. El informe redactado por el Servicio de Inspección del CGPJ en enero de 2019 apunta, como medida para superar la saturación del presente órgano judicial, la dotación de un refuerzo con carácter permanente; sin embargo siendo conocido las conclusiones de dicho informe por los órganos de gobierno del Poder Judicial, las dificultades económicas y la situación política notoriamente conocida del año pasado, han impedido dotar hasta el día de la fecha y a este juzgado, del refuerzo que se necesita. Con lo que al retraso en la resolución de asuntos, sobre todo, en los casos de la dificultad como el que nos ocupa, es inevitable y no está en manos de este Juez superar la situación sin el referido refuerzo judicial.

En cuanto a la cuestión debatida, lo primero es que se ha de concretar los márgenes de la reclamación. Y como tan acertadamente señaló el abogado de la administración municipal erraba la parte contraria su representación al reclamar, sin entrar en otras profundidades las cantidades correspondientes "desde el 11 de noviembre de 2010 hasta la fecha de la resolución de este recurso". Sea como fuere que el actor se refería a la resolución definitiva que pusiese fin a la acción rectora de autos, o se estuviese refiriendo como "dies ad quem" al de la interposición del recurso contencioso por el cauce del Procedimiento Abreviado (18 de enero de 2017), el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria 47/2003 de 26 de noviembre establecen plazo de prescripción de cuatro años con lo que no cabía extender hacia el pasado y cine DIE la pretensión o reclamación dineraria del actor. A su vez la retroactividad podría alcanzar, conforme se margen de cuatro años a contar desde el día en que se solicitó el 13 de mayo de 2016 el reconocimiento de las retribuciones por las funciones superiores que se decían habidos ejercido por el fallecido. Considera quien aquí resuelve que las solicitudes anteriores que se decían cursadas en los primeros compases de la demanda, no pueden tener efectos a lo que el cómputo se refiere por la sencilla razón de que, siendo una reclamación de cantidad y transcurrido los plazos previsto legalmente se debieron tener por desestimadas por silencio y recurridas en aquel momento. Sin embargo y como la propia documentación del actor demostraba el 13 de mayo de 2016, el mismo como representante de sus padres como herederos abintestato a su vez de su hermano fallecido [REDACTED] presentó su solicitud con registro de entrada 13 de mayo de 2016. Es sobre esta fecha sobre la que, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, se debería iniciar el cómputo de forma retroactiva la prescripción y por tanto sólo se podía reclamar, en la hipótesis planteada, hasta el 18 de mayo de 2012.

Pero, además, olvidaba el recurrente recordar que su hermano había participado como codemandado de en los autos de PA N° 42/2011 en los que recayó sentencia de 26 de noviembre de 2015 y en los que se le denegó su pretensión en el mismo sentido que nos ocupa para los años anteriores allí ejercitados, falleció (que en paz descanse) el 18 de noviembre de 2015 con lo cual de ese plazo de cuatro años anteriormente establecido, al haber cesado la relación profesional por el fallecimiento en la fecha antes indicada, no podría reclamarse cantidad alguna sobre la base del concepto de ejercicio de funciones superiores



desde el 18 de noviembre de 2015 hasta que se presentó la solicitud el 18 de mayo de 2016.

CUARTO.- Una vez concretado lo anterior, quien aquí resuelve en la instancia, partiendo jurisprudencia de la Sala III arriba citada, considera muy ilustrativos los fundamentos alcanzados en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 en el PA 42/2011 de la que como dijimos anteriormente el hermano del ahora recurrente también fue parte.

Razona así la Sentencia dictada el 26 de noviembre de 2015:

“Cuarto.- Pues bien, partiendo de todo ello tales resoluciones remarcan como, fuera cual fuese la forma de desempeño de las funciones en cuya razón se pretende percibir el complemento, y especialmente haya sido con o sin nombramiento para el mismo, el devengo nace por haber llevado aquellas. Es decir, por el desempeño efectivo de las funciones de un puesto con beneficio para la Administración dada la falta o carencia del titular puesto que conlleva las mismas. Sostiene en tal sentido la precitada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 octubre 2007 que basta el desempeño de las funciones propias de un puesto de trabajo para que nazca el derecho al devengo de los enunciados complementos por aplicación del principio constitucional de igualdad, determinando el derecho a la percepción de las retribuciones complementarias su efectivo desempeño y no el nombramiento formal para ocupar el mismo. Igualmente la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de julio de 2009 antes citada reseña como el elemento decisivo para la percepción del complemento específico singular y del complemento de destino lo constituye no el nombramiento formal para ocupar tal puesto de trabajo, sino la efectiva prestación o desempeño de las funciones correspondientes, pues caso contrario su percepción se supeditaría a la voluntad unilateral de la Administración en llevar a cabo el nombramiento definitivo con correlativo enriquecimiento injusto por parte de ésta, que se vería beneficiada por el desempeño por un funcionario concreto de un puesto de trabajo sin que, en contrapartida, ésta tuviera que abonar las retribuciones asignadas al mismo sino unas inferiores. Por ello bastaría el mero desempeño de hecho, aun cuando se calificase o justificase a través de los mecanismos legales de sustitución o suplencia, para su percepción.”

Pues bien, despejando las posibles dudas que pudieran existir en el presente supuesto respecto del posible derecho a la percepción de la diferencia retributiva global existente entre el entre una y otra categoría (se insiste que el apartado b) del suplico, de redacción francamente mejorable, no precisa debidamente esta cuestión y que, además, parece entrara en contradicción con el apartado c), tal pretensión no resulta, sin duda alguna, viable a la luz de la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 (recurso de casación 6087 de 2005), por vulnerar el contenido de los artículos



92, 93 y 101 de la Ley de Bases del Régimen Local, el artículo 66 del Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo de los Funcionarios Civiles de la Administración Civil del Estado y el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; por cuanto, de un lado, la validez del desempeño por parte de funcionarios públicos de tareas que no sean las propias del puesto al que ha accedido por el procedimiento legalmente establecido está sujeto a estrictos términos; y, por otro, según tales normas, no cabe que se produzca el efecto de que el funcionario en cuestión automáticamente pase a recibir las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que irregular y transitoriamente desempeña, sin perjuicio de que en esos supuestos de atribución irregular de funciones, pudiese el funcionario percibir la denominada indemnización por razón del servicio a que alude el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. De actuar de otra forma, concluye el Supremo, no tendrían cumplimiento los principios de legalidad, mérito y capacidad que rigen estrictamente el acceso a los puestos de trabajo en la función pública, pudiendo evitarse las situaciones de enriquecimiento injusto mediante las indemnizaciones por razón del servicio antes aludidas (actualmente reguladas en el Real Decreto 462/2002, de 24 mayo).

Sin embargo, sí podrían serlo si se limitasen a las diferencias existentes entre las retribuciones complementarias correspondientes a cada categoría (complementos específico y de destino). Mas para ello se ha de advenir (correspondiendo la carga probatoria a la actora, conforme a lo previsto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente a esta Jurisdicción conforme a la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 4 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil) previamente que las funciones llevadas a cabo por cada uno de los recurrentes se corresponden con las propias de Subinspector de Policía en el periodo que reclama.

Quinto.- Al respecto se ha practicado diversa prueba en el plenario que, como se expone a continuación, despeja las dudas que pudiera suscitar la demanda respecto a la igualdad de funciones (que parecían circunscribirse en aquella al desempeño de tareas propias del Jefe de Grupo) y apunta al ejercicio de identidad de funciones, pero en tareas de sustitución.

Conforme al artículo 60 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Policía Local de Málaga, corresponde a los Subinspectores del Cuerpo de Policía local el ejercicio de las siguientes funciones: a) ejercer el mando del grupo o subgrupo a su cargo, siendo su cometido o función el seguimiento y ejecución de los servicios, dando cumplimiento de las instrucciones y servicios encomendados por sus superiores al personal de su cargo; b) disponer del personal a su cargo en la forma más racional posible, supervisando las actuaciones del personal en acto de servicio corrigiendo las deficiencias que observar; c) impartir las instrucciones precisas en las reuniones previas al servicio en cada turno, en donde se informará de las órdenes, circulares y cambios legislativos que afecten a la Policía Local, recogiendo las sugerencias de sus



subordinados; d) revisar diariamente el estado de uniformidad del personal a su cargo antes de iniciar el servicio, así como del material encomendado; e) poner en conocimiento de sus superiores jerárquicos cuantas incidencias surjan en el servicio; f) auxiliar al Inspector en sus funciones y sustituirle en su ausencia o en su defecto, así como cooperar con los Oficiales y Policías en las funciones que el Reglamento les asigna; g) ejercer las funciones de Jefe de Turno y, en su caso, las correspondientes a la Subinspección general de los servicios; h) visitar periódica y frecuentemente en los lugares zonas en que preste servicio personal a su cargo para comprobar su correcta ejecución, e i) cualquier otra que le encomienden sus superiores. De la misma forma, el artículo 61 del Reglamento asigna a los Oficiales de Policía las siguientes funciones: a) el mando del Subgrupo o Patrulla, siendo su función el seguimiento de la ejecución de los servicios encomendados a los Policías a su cargo, así como la correcta utilización por estos del material que les haya sido asignado, siendo responsable ante el subinspector o superior jerárquico de quien dependa del ejercicio de dicha función; b) colaborar con los Policías en las funciones encomendadas por el Reglamento, asumiendo idénticas tareas que estos si el servicio no requiriese, y, en todo caso, cuando así lo disponga el superior jerárquico; c) auxiliar en sus funciones al Subinspector que le corresponda y "sustituirle en sus ausencias"; así como d) cualquier otra que le encomienden sus superiores. Por otra parte, conforme al artículo 63 del Reglamento, en cada unidad policial habrá un Subinspector o, en su defecto, un Oficial, que habrá de realizar determinadas funciones como Jefe de Turno correspondiente. No obstante lo anterior, igualmente el párrafo segundo del mismo precepto contempla la posibilidad de que tales funciones puedan ser cumplidas por los Subgrupos.

Retornando al supuesto aquí litigioso, este juzgador si considera razonable el criterio adoptado por el prestigioso magistrado titular del Juzgado número 4 en cuanto al desempeño de funciones de jefe de turno durante un número superior a 365 días en el periodo de cinco años, que supone en definitiva que al menos un 20% del tiempo haya ejercido se funciones. Solo con un porcentaje como ese puede darse cumplimiento al requisito exigido por la jurisprudencia de habitualidad o ejercicio continuado la función de superior categoría. Y, como farragosa pero indudablemente demuestran los documentos presentados con la contestación consistente en estadillos de servicio de diversas unidades policiales presentada por la parte actora; en relación a la propia dificultad inherente al control de la organización interna la policía municipal en su día a día como señala el informe de recursos humanos unido a los folios 46 a 48, el actor desempeñó funciones de jefe de turno en el periodo que el reclamaba durante 430 días siendo necesario, por cálculo aritmético un número superior para alcanzar la ratio fijada.

No obsta lo anterior la alegación de la parte actora en cuanto a las dificultades para obtener la misma prueba de ese ejercicio constante pues, como se hizo en el anterior juicio seguido ante el Juzgado N° 4 PA 42/2011, pudo proponer prueba testifical que, bajo juramento promesa de decir verdad hubiese demostrado que el hermano fallecido de hoy recurrente desempeñaba con mayor frecuencia las funciones de jefe de turno y otras de superior categoría hasta el punto de poder demostrar, como lo obliga artículo 217.2 de la LEC (1/2000) , la realidad de una situación habitual y continuada hasta el grado temporal del que habla la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya citada. Sin embargo, el testigo que depuso



[REDACTED] dio respuestas a preguntas de carácter abstracto en cuanto a la confusión de funciones aludidas en los artículos 60 y 61 pero no dio cumplida y sobre todo concreta respuesta de las funciones que [REDACTED] había ejercido como jefe de turno y otras de superior categoría y, sobre todo, los tiempos o días de las mismas.

Por todo ello, lamentando este Juez el fallecimiento del hermano del hoy recurrente, sin embargo no concurre ni prueba plena de sustento derecho constitutivo; ni tampoco concurre una vulneración grosera que permitiese estimar una disconformidad derecho grave que por su existencia permitiera la aplicación del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 de PACAP y declarar la nulidad que fue solicitada en el petitum del escrito rector. En consecuencia procede la desestimación del recurso sin necesidad de más razones

QUINTO.-_Por último, de conformidad con lo dispuesto en artículo 139 LJCA al tiempo de la interposición del recurso, consistente en el vencimiento objetivo, procedería imponer la condena a [REDACTED] respecto de las ocasionadas al ayuntamiento hoy recurrido. Sin embargo, las dudas de hecho que, hasta el propio informe municipal aludido en los fundamentos que precede hacía referencia en cuanto a la prueba de la organización interna de la policía en su desenvolvimiento diario, junto con la dificultad probatoria (que no imposibilidad) a la que también se hizo referencia, llevan a este Juez a no imponer costas a ninguno de los litigantes; más aún al no concurrir prueba de temeridad o mala fe.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

Que en los autos de PA 24/2017, DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada Sra. Sánchez-Bayo Tierno actuando en nombre y representación de [REDACTED] en representación del fallecido [REDACTED], frente a las reclamaciones presentadas por el actor frente al Ayuntamiento de Málaga, representada la administración municipal por el Letrado Sr. Fernández Martínez, manteniendo el acto administrativo que venía recurrido su contenido y eficacia, todo ello SIN la imposición de las costas a a ninguna de las partes por las razones contenidas en el Fundamento Quinto de la presente resolución

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma, atendida la cuantía indeterminada pero inferior a 30.000 €, **NO cabe recurso de apelación** (artículos 41 en relación con el art. 81.1.a) ambos de la LJCA 29/1998).

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y
firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el
Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública
en el día de su fecha, doy fe.

