

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD CACERES

SENTENCIA: 00045/2023

SENTENCIA NÚMERO 45/2023

PRESIDENTE:

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS MAGISTRADOS:

En Cáceres, a dos de febrero de dos mil veintitrés.

Visto el recurso de Apelación número **186/2022**, promovido por la parte Apelante **DON Jose Manuel**, representado por el Procurador don Carlos Sacristán Carrero, siendo parte Apelada el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ**, representado por la Procuradora doña María de los Ángeles Bueso Sánchez, recurso interpuesto contra la Sentencia número 90/2022 de 13 de junio de 2022, dictada en el Procedimiento Abreviado número 62/2022, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, frente a la Resolución de fecha 19 de enero de 2022 dictado por la Teniente Alcalde Delegada de Recursos Humanos del Excelentísimo Ayuntamiento de Badajoz, por delegación del Alcalde, en virtud de la cual se desestima el recurso de alzada presentado contra las resoluciones desestimatorias tácitas de diversas pretensiones retributivas presentadas entre los días 2 de enero de 2017 y 30 de abril de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, se remitió a esta Sala el procedimiento abreviado número 62/2022, al haberse interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia número 90/2022, de 13 de junio (Firmado por: EmilioBALLESTEROS 02/02/2023 10:46 Firmado por: Valentín. MENDEZ CANSECO 02/02/2023 10:48 Firmado por: Jose ManuelFirmado por: Jose Manuel02/02/2023 10:50 JIMENEZ 02/02/2023 11:21 Firmado por: Ángela02/02/2023 12:14) de 2022, desestimatoria de las pretensiones de la parte actora.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte actora, dando traslado a la representación de la demandada, oponiéndose al recurso de apelación.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó rollo de apelación, se tuvo personadas a las partes comparecientes, señalándose día para la votación y fallo del presente recurso, llevándose a efecto en el fijado.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.- Siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **doña Elena Concepción Méndez Canseco**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El objeto del presente recurso es la Resolución de fecha 19 de enero de 2022 dictado por la Teniente Alcalde Delegada de Recursos Humanos del Excelentísimo Ayuntamiento de Badajoz, por delegación del Alcalde, en virtud de la cual se desestima el recurso de alzada presentado contra las resoluciones desestimatorias tácitas de diversas pretensiones retributivas presentadas entre los días 2 de enero de 2017 y 30 de abril de 2021. Solicitaba 875 horas extras correspondientes al año 2014, una cifra considerable si se tiene en cuenta que su jornada de trabajo anual es de 1.657 horas. También pedía el pago de 952 horas extraordinarias del año 2015. La cifra fue casi idéntica en 2016 (944 horas), bajó algo en 2017 (874 horas) y se redujo de forma considerable en 2018 (370 horas). El último fue registrado el 6 de septiembre de 2021, en el que proponía también que se le reconociese el derecho a percibir el subconcepto de peligrosidad o extrema peligrosidad que se abona a los inspectores, que perciben 1.836 euros anuales por este concepto. La sentencia desestimó el recurso. La parte actora en su apelación insiste en sus argumentos, tachando a la sentencia de errónea. La Administración demandada insta la desestimación del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Examinadas las alegaciones de ambas partes y la propia sentencia, consideramos que ésta ha dado cumplida respuesta a lo solicitado, y además tal respuesta no es errónea, sino ajustada totalmente a derecho. En concreto, la sentencia no interpreta erróneamente el concepto de dedicación exclusiva D3, que aparece contemplado en el Acuerdo de 22 de marzo de 2022 en relación con el puesto de superintendente, en (Firmado por: ValentínBERNABEU 02/02/2023 14:27) relación con el Acuerdo Plenario de 10 de diciembre de 2007. El Juzgado indica ahora que su puesto ya contempla el concepto de dedicación exclusiva, que es el que se abona a los funcionarios que no tienen un horario concreto y sí una disponibilidad absoluta, «lo cual implica incompatibilidad para cualquier otra profesión u oficio». Desde el año 2022 el actor tiene complemento de peligrosidad y dedicación exclusiva, con mayor gratificación de los establecidos en el Acuerdo Plenario de 10 de diciembre de 2007. El Acuerdo de dedicación exclusiva de 2002, coincidente con el del Acuerdo de 2007, ha sido santificado por Sentencias anteriores, pero en todo caso la regulación establece que los perceptores del complemento de dedicación exclusiva no

pueden percibir horas extraordinarias. Eso le exige «estar localizado rápida y fácilmente todos los días del año, incluidos festivos», «presentarse a trabajar en el momento que se le solicite» y mantenerse disponible en condiciones físicas y mentales idóneas para desarrollar las funciones de su puesto de trabajo». «Los empleados que ocupen puestos catalogados con dedicación exclusiva no podrán percibir otro tipo de retribuciones extraordinarias», añadía el Acuerdo de Pleno en el que se determinó también que las horas extraordinarias solo son aquellas que «se realizan de manera esporádica, como consecuencia de una acumulación imprevista de tareas». Afirma la sentencia que esa definición no se corresponde con las horas que reclama Jose Manuel, en cuyo recurso solicitaba, por ejemplo, el pago de las horas realizadas durante los partidos del Club Deportivo Badajoz, cuyos encuentros se disputan cada dos semanas. «No tienen la consideración de horas extras aquellas que son previsibles en el tiempo o que se repiten cíclicamente», añadía el Acuerdo de Pleno que ha sido utilizado por el Juzgado como argumento para rechazar esos pagos. «Las horas extraordinarias son de carácter excepcional, limitadas en el tiempo (...), no pueden convertirse en lo ordinario, como pretende el demandante, que a la vista del contenido de su demanda, parece que ha realizado más horas extraordinarias que horas ordinarias de trabajo», añade un fallo en el que se recuerda que el pago de las horas extraordinarias exige también que exista una dotación presupuestaria para ello, algo que no sucede en este caso. En el año 2018 se elabora Acuerdo Plenario en el que se analiza el concepto de dedicación exclusiva intentando compatibilizarlo con las horas extraordinarias, pero concretado a tareas que no formen parte de las tareas habituales. Para el resto de tareas, es decir para las habituales del puesto de trabajo se sigue manteniendo la incompatibilidad. Discute la parte apelante la validez de los Informes emitidos por los Técnicos municipales respecto de las razones jurídicas en base a la normativa aplicable por las que el puesto de Superintendente, no puede cobrar gratificaciones por servicios extraordinarios. En cualquier caso, tales informes jurídicos carecen de relevancia, en cuanto la cuestión sometida al proceso, se resuelve sin necesidad de tales informes, en cuanto que será el Juzgador el que resuelva la cuestión. En cualquier caso, estamos de acuerdo con lo resuelto por la Juzgadora, y consideramos como ella que los servicios extraordinarios que dice realizados, en cuanto que son servicios que realiza siempre, por ejemplo al sustituir a un compañero de baja durante varios años, dentro de la jornada, es decir, que si se realizan siempre, no son más que ordinarios.

TERCERO.- Incide también la sentencia que «Más que una reclamación de gratificaciones por la realización de horas extraordinarias, lo que en realidad está reclamando es el pago por la realización de tareas que deberían llevar a cabo otros funcionarios del cuerpo de Policía Local, dos Intendentes y cuatro Inspectores (...), lo cual es algo que resulta inasumible por carecer de cobertura legal», añade un fallo que condena en costas al demandante. Estamos totalmente de acuerdo con tal declaración, y también con el análisis de infracción del principio de igualdad con otros compañeros en cuanto que no existe prueba que se trate de las mismas circunstancias, sino antes al contrario, tales compañeros no tienen dedicación exclusiva. Otro tanto procede decir respecto del complemento de peligrosidad que hasta el año 2022, no ha sido contemplado, y sería contrario a la legalidad otorgarlo con carácter retroactivo. En conclusión, no es necesaria la práctica de prueba que pretende la actora respecto de un audio de conversación mantenida con el Secretario General y el Letrado Jefe, por ser absolutamente innecesaria. La prueba testifical y la prueba documental propuesta por la parte demandante no es necesaria para la resolución del proceso. El expediente administrativo y el resto de prueba obrante en el proceso contienen los suficientes antecedentes para conocer la cuestión fáctica discutida. Por todo ello, aceptando y dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia que dan respuesta motivada a las pretensiones de la parte actora, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación.

CUARTO.- El artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, dispone lo siguiente: "*En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*". El artículo 139.1 LJCA establece el principio del vencimiento en la imposición de las costas procesales, de modo que procede confirmar el pronunciamiento de la sentencia que impone las costas procesales causadas a la parte demandante que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. El artículo 139.1 LJCA para no imponer las costas procesales menciona la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, circunstancias que no se aprecian en este caso, de modo que procede aplicar la regla general prevista por el Legislador que es el principio del vencimiento en la imposición de las costas procesales. Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura ha señalado en varias ocasiones que el incumplimiento de la obligación de resolver no es uno de los supuestos recogidos en el artículo 139.1 LJCA para no imponer las costas procesales. El precepto exclusivamente menciona la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, por lo que no pueden incluirse criterios que no son los previstos en el ordenamiento jurídico. El que se recurra contra un acto presunto no es una causa para no imponer las costas procesales, no está así previsto en el artículo 139.1 LJCA. Lo decisivo será comprobar si existen serias dudas de hecho o de derecho, lo que podrá ponerse en relación con la desestimación presunta de una petición, recurso o reclamación, pero no modificar por ello el sentido del precepto. Así resulta de la interpretación que del artículo 139.1 LJCA realiza la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2020 (ROJ: STS 928/2020, ECLI:ES:TS:2020:928, Sentencia: 376/2020 Recurso: 7708/2018), cuando concluye lo siguiente: "*De lo expuesto cabe concluir, de una parte, que no puede estimarse como regla general, como parece pretenderse en el recurso, que la ausencia de resolución expresa genera excluir el criterio del vencimiento, que es la regla general y primaria para la imposición de costas. Y ello sin perjuicio de que el Tribunal que dicte la resolución que ponga fin al proceso o sus incidentes, pueda estimar y razonar, que esa ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal, acogiendo la excepción que el mismo precepto procesal autoriza*". Por tanto, lo esencial es analizar el supuesto de hecho, sin que en este caso se aprecien serias dudas de hecho o de derecho para no imponer, y en la forma recogida en la sentencia de instancia, las costas procesales causadas en la primera instancia jurisdiccional. La desestimación del recurso de apelación conlleva la confirmación de la sentencia en todos sus extremos.

QUINTO.- Reproducimos algunos pronunciamientos anteriores sobre la imposición de las costas procesales. La sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 13-2-2018, Nº de Recurso: 278/2017, Nº de Resolución: 25/2018, expone lo siguiente en el fundamento de derecho cuarto: "*El argumento de la sentencia para no imponer las costas a la esposa es que la resolución impugnada es por silencio, de lo que podremos deducir que asimila el silencio a las notorias dudas de hecho o derecho, única exclusión del principio de vencimiento, las mismas dudas le supondrían al esposo, y la falta de omisión absoluta de motivación de su pretensión, conduciría a la desestimación de la misma, pero no a la imposición de costas. En todo caso, ante una disposición como el artículo 139 de la Ley procesal, no cabe por el juzgador realizar interpretaciones más allá de lo que permite el precepto, esto es, que el asunto presente serias dudas de hecho o de derecho. Como decimos, este Tribunal ya ha expresado que entiende de aplicación la literalidad del artículo 139, tal y como afirma el T.C. en Sentencia de fecha 23 de febrero de 2009, en la que afirma rotundamente que: "...En aquellos otros supuestos en los que, por el contrario, el legislador acoge la regla victus victori o del vencimiento objetivo, sin prever excepciones, no existe un*

margen de apreciación para que el órgano judicial decida por sí sobre la imposición de costas, sino que, por imperativo legal, la única decisión que puede adoptar es la que la norma contempla. En estos casos no existe un deber de motivación sobre la imposición de las costas procesales que vaya más allá de la motivación necesaria para estimar o desestimar las pretensiones que constituya el objeto del concreto proceso, de cuyo resultado es consecuencia inescindible la decisión sobre las costas causadas (*accessorium sequitur principale*)" (FJ 3). Como la redacción actual del 139 prevé la excepción al vencimiento de que existan serias dudas de hecho o derecho, podríamos anudar la existencia de serias dudas de derecho a la existencia de silencio, pero no podemos generalizar afirmando que toda resolución obtenida por silencio, genere en su caso una no condena en costas".

SEXTO.- En la sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 31-10-2108, Nº de Recurso: 167/2018, Nº de Resolución: 179/2018, también recogimos lo siguiente: "CUARTO.- En materia de costas procesales, procede su imposición a la actora de conformidad con lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción para los recursos en segunda instancia. Suplica la apelante que no se haga pronunciamiento por considerar que existe un supuesto de notorias dudas de hecho o derecho, amparándose en que la juzgadora considera incorrecto el funcionamiento del centro de salud o médico de familia que no dejó anotación alguna ni recordaba la asistencia que prestó al fallecido. Respecto a las serias dudas de derecho, el art. 139 LJCA guarda silencio al respecto, pudiendo servir de fundamento lo indicado por el art. 394,1, párrafo 2º de la LEC cuando se afirma que "Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares". Por tanto, casos en que no existe jurisprudencia o la existente no es suficientemente clara o incluso resulta contradictoria, pueden considerarse las serias dudas de derecho. Como también el que el órgano judicial que resuelve se haya pronunciado de forma contradictoria, o que el caso a enjuiciar resulte complejo jurídicamente, ofreciendo una dificultad grave en su fundamentación. Sentado lo anterior, cabe preguntarse ya cuales serán esas serias dudas fácticas o jurídicas. Desde luego, son las que enuncia el correlativo precepto de la LEC (art. 394,1) por cuanto después de apuntar que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, se añade que "para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares." En el caso de dudas de derecho, la interpretación de las cuestiones jurídicas que se suscitan ha de ser objetivamente difícil por no existir normas que específicamente las regulen o existir normas contradictorias, sin que exista una línea jurisprudencial que sustituya la falta de normativa o aclare las divergencias de la existente, o por ser contradictorias las resoluciones de los órganos judiciales que se han dictado en casos similares". Esta parece ser también la postura que, tras la reforma del art. 139,1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducida por la Ley 37/2011, de 10 octubre, se ha impuesto en el orden contencioso- administrativo. El ATS de 5 junio 2012 (rec. 258/2012) así lo ha entendido al sostener que "(...) no basta para excluir la preceptiva condena en costas que existan discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho, siendo preciso que aquéllas revistan una entidad tal que justifique la exención". Ello en modo alguno significa que el presente caso plantea serias dudas de derecho o hecho. El asunto tristemente es habitual en los Tribunales y hay amplia doctrina y jurisprudencia que permiten ajustar las demandas a la misma. Y en cuanto al tema del silencio hemos de expresar que existe resolución expresa, pero a mayores, que el argumento de la apelante para no imponer las costas a sus defendidas es que la resolución impugnada es por silencio, de lo que podremos deducir que asimila el silencio a las notorias dudas de hecho o derecho, única exclusión del principio de vencimiento. En todo caso, ante una disposición como el artículo 139 de la Ley procesal, no cabe por el juzgador realizar

interpretaciones más allá de lo que permite el precepto, esto es, que el asunto presente serias dudas de hecho o de derecho... Como la redacción actual del 139 prevé la excepción al vencimiento de que existan serias dudas de hecho o derecho, podríamos anudar la existencia de serias dudas de derecho a la existencia de silencio, pero no podemos generalizar afirmando que toda resolución obtenida por silencio, genere en su caso una no condena en costas". En idéntico sentido, nos hemos pronunciado en las sentencias del TSJ de Extremadura de fechas 11-4-2013, Nº de Recurso: 243/2012, Nº de Resolución: 69/2013, 23-2-2017, Nº de Recurso: 2/2017, Nº de Resolución: 36/2017, y más recientemente en la sentencia de fecha 27-6-2019, Nº de Recurso: 103/2019, Nº de Resolución: 110/2019. Asimismo, es preciso señalar que la jurisprudencia está formada por la doctrina reiterada establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, en virtud del artículo 1.6 del Código Civil, sin que este Tribunal Superior de Justicia de Extremadura se encuentre vinculado por lo resuelto por otros Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o Tribunales Superiores de Justicia de igual grado jerárquico en materia de costas.

SÉPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales a la parte apelante pues en la segunda instancia rige también el criterio del vencimiento que conlleva la imposición de costas si se desestima totalmente el recurso. Por su parte, el artículo 139.4 LJCA establece que "*La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*". En este caso, en atención a que el debate fáctico y jurídico fue resuelto acertadamente en la primera instancia, siendo reproducido en la segunda instancia, se limitan las costas procesales al importe máximo de 3.000 euros, IVA incluido a favor de la Administración demandada. Esta limitación es únicamente válida a efectos de la segunda instancia, sin que se modifique la imposición de costas acordada en la sentencia de instancia. VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE SM EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sacristán Carrero Carrero, en nombre y representación de don Jose Manuel, contra la sentencia número 90/2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz de fecha 13 de junio de 2022, PA 62/2022, que confirmamos.

Condenamos a la parte apelante al pago de las costas procesales causadas en la segunda instancia hasta un máximo de

3.000 euros, IVA incluido.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos

procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al Juzgado que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.