



SENTENCIA Nº 2759/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACION Nº 1425/18

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. DAVID GOMEZ FERNANDEZ

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la ciudad de Málaga, a tres de octubre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 1425/18, interpuesto en nombre de [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gómez Robles, contra la sentencia 131/18, de 4 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 475/2017; habiendo comparecido como apelado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Páez Gómez, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- [REDACTED] bajo la representación del Procurador de los Tribunales D. Fernando Gómez Robles, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo





negativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial cursada por medio de escrito de fecha 29 de abril de 2016 ante el Ayuntamiento de Málaga.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 3 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PO 475/17, sentencia de fecha 4 de abril de 2018 por la que estimaba en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la parte recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación de la Administración demandada, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de [REDACTED] en relación con la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial cursada por medio de escrito de fecha 29 de abril de 2016, en el que solicitaba al Ayuntamiento apelado la reparación de los daños causados como consecuencia de la anulación jurisdiccional de la resolución de fecha 24 de marzo de 2008 por la que se adscribía al recurrente, funcionario inspector de rentas del Ayuntamiento en el área de gestión tributaria, al área de comercio de la corporación.

Razona la sentencia apelada que la actuación ilegal del Ayuntamiento ha generado en el recurrente un perjuicio intangible de carácter moral que estima en 8.000 euros, rechazando por contra el derecho al percibo de indemnización alguna por lucro cesante en concepto de complemento de productividad dejado de percibir en atención a que el Ayuntamiento ha justificado el abono de este complemento al funcionario recurrente.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente y plantea el presente recurso de apelación contra el pronunciamiento desestimatorio de su pretensión de cobro del complemento de productividad en la media anual de sus compañeros perceptores del mismo durante el período al que se extendió su adscripción al área de comercio,





detrimento económico por lucro cesante que asocia a la imposibilidad de desempeñar su puesto de trabajo por la actuación ilegal del Ayuntamiento.

El Ayuntamiento de Málaga, que comparece como apelado, se opone a la estimación del recurso de apelación planteado, y solicita la confirmación de la sentencia de instancia, al considerar reiterativo el recurso de apelación respecto de lo alegado en primera instancia, y remitiéndose a lo razonado por el órgano a quo en cuanto al percibo del referido complemento de productividad en su componente fija, y añade la inexistencia de derecho alguno al cobro de productividad alguna pues no se ha desplegado rendimiento extraordinario alguno que lo justifique.

SEGUNDO.- La apelante pretende que se le reconozca el derecho al percibo de un complemento retributivo por productividad, en la media anual de los trabajadores que hubieran accedido al mismo durante el período en el que perduró la situación ilegal de adscripción del funcionario a un puesto de trabajo distinto del titulado, posibilidad que la sentencia apelada rechaza en la consideración de que el percibo de este complemento de productividad al menos en su componente fija se ha justificado por la Administración demandada.

La sentencia apelada reconoce al recurrente el derecho a ser indemnizado en la suma de 8.000 euros en concepto de daño moral, y rechaza que le sea reparable un perjuicio por lucro cesante que no queda acreditado.

En relación con el distingo entre estos dos conceptos indemnizables señala la STS de 21 de Diciembre de 2012. (Rec. Casación 5521/2010) *“Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o restitutivo in integrum -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros "sueños de ganancias" como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008). No otra cosa que la expuesta es lo que encubre la petición de la parte de obtener una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad, debiendo por tal motivo rechazarse”.*

Luego concluimos nosotros que el éxito de la pretensión de la apelante de reparación por lucro cesante, está sujeto a la capacidad de acreditación de la concurrencia de una expectativa de ganancia objetivamente justificada, lo que nos





impone con carácter previo el análisis de la naturaleza del complemento de productividad cuya percepción se solicita.

TERCERO.- Tal y como señala el art. 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, a la hora de regular las bases del sistema de retribuciones de los funcionarios públicos, distingue entre retribuciones básicas y complementarias.

Dentro de estas últimas se diferencia en el apartado tercero del referido artículo entre

“ a) El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe.

b) El complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

c) El complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo.

Su cuantía global no podrá exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano que se determinará en la Ley de Presupuestos. El responsable de la gestión de cada programa de gasto, dentro de las correspondientes dotaciones presupuestarias determinará, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley de Presupuestos, la cuantía individual que corresponda, en su caso, a cada funcionario.

En todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales.

d) Las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.”

Así, la naturaleza objetiva del complemento de destino y del complemento específico, relacionados con la naturaleza del puesto de trabajo con independencia de la forma en que el funcionario que lo sirve desempeña su cometido, contrasta con la del





complemento de productividad que tiene un carácter subjetivo, en función del rendimiento del titular del puesto, de su actividad extraordinaria o de su interés.

La apreciación de las circunstancias expuestas para el reconocimiento de la productividad es competencia de la Administración misma a la que corresponde su constatación, primero, y su valoración, después, a fin de determinar si la actividad desarrollada es o no merecedora de la productividad.

Esta atribución, esencialmente discrecional y derivada de las potestades de autoorganización que la Administración ostenta, no significa un apoderamiento totalmente libre e independiente, sino que esté ligado a la concurrencia de los conceptos legales antes descritos, de tal suerte que, de acreditarse que el trabajo desarrollado lo ha sido con especial rendimiento, o justificándose la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo, el reconocimiento de la productividad es obligado.

Tal formulación general configura este complemento como una retribución eminentemente subjetiva, que sólo puede reconocerse cuando el funcionario en concreto que la reclama acredita *"el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa"* en el desempeño del puesto de trabajo, con independencia por tanto de cuál sea éste.

También ha de reconocerse que la naturaleza eminentemente subjetiva del complemento de productividad se ha ido desvirtuando en no pocas ocasiones al admitirse el percibo bajo este concepto de prestaciones periódicas de cuantía fija universalmente satisfechas al conjunto de funcionarios de un determinado servicio administrativo, fenómeno al que se refería nuestra sentencia de fecha 6 de febrero de 2012 (Rec. 846/07) que razona que la *"la desnaturalización de este concepto retributivo"* originariamente destinado a retribuir la especial penosidad, rendimiento o dedicación prestada por el funcionario, y que sin embargo por el uso y el modo de hacer efectivo su abono se ha convertido en una retribución de corte objetivo que retribuye el puesto de trabajo de forma lineal y periódica, ha devenido en un *"régimen jurídico que no es otro que el que existe en nuestro ordenamiento jurídico para las retribuciones complementarias periódicas, fijas, objetivas y anudadas al desempeño de un puesto de trabajo. Así, a tales retribuciones le es aplicable lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto 315/1964, de 7 de Febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual establece que "las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos". Es decir, si en una situación de baja por enfermedad o accidente común que no se dilata más allá de tres meses cada año natural, el funcionario afectado tiene derecho a percibir sus retribuciones mensuales íntegras, comprendiendo en ellas los componentes retributivos fijos y periódicos, no existe motivo alguno que justifique que no le sea abonada al demandante en el caso que nos ocupa la cantidad que venía percibiendo mensualmente por el concepto de complemento de productividad en el período de tiempo reclamado."*



Sin embargo, tal y como señala la sentencia de instancia, este componente *fijo* del complemento de productividad sí se ha satisfecho al recurrente, y lo que ahora se reclama es la parte variable de dicho complemento cuyo percibo esta condicionado a la prestación de un servicio en condiciones de rendimiento extraordinario, al que, tal y como informa la administración, sólo alcanzan una proporción de entre el 46 y el 53% de los funcionarios de su puesto y categoría. De manera que no podemos admitir como certeza el presupuesto que da por sentado el recurrente en cuya virtud si se le hubiera permitido desempeñar el puesto de trabajo de inspector de rentas en el Área de Gestión Tributaria, hubiera en todo caso generado el derecho al percibo del complemento de productividad en su parte variable.

Esta concepción del complemento de productividad convierte la pretensión de la recurrente en una mera hipótesis o sueño de ganancia pues no ha generado ese rendimiento extraordinario por el que aspira a ser retribuido.

Es cierto que el motivo por el que no ha podido optar a ese objetivo es por la actuación declarada ilícita de la Administración empleadora, pero la reposición al perjudicado por esta "*pérdida de oportunidad*" se efectúa a través del expediente de la indemnización por daño moral, en el entendido de que se le ha privado de la legítima expectativa de desarrollo profesional, concepto por el que ha sido reparado en la cuantía comprendida en la sentencia apelada, como hemos recordado en sentencias de esta misma Sala 1 de diciembre de 2017 (rec. 815/16), 24 de febrero de 2017 (rec. 2795/15), 23 de noviembre de 2016 (rec. 2125/15), 13 de julio de 2017 (rec. 1412/14).

Por todo lo razonado se desestima el recurso de apelación planteado.

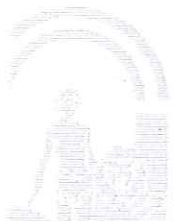
CUARTO.- De conformidad con lo reglado en el artículo 139.2 LJCA, la desestimación del recurso de apelación lleva aparejada la imposición de las costas a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gómez Robles, en nombre y representación de [REDACTED] contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga, que se confirma, con expresa imposición de costas de esta instancia a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Librese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.





Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del art. 89 de LJCA.

Firme que sea remitase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados antes mencionados.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



