



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320200002789.

Procedimiento: Recurso de Apelación 3612/2021.

De: COMISIONES OBRERAS MALAGA CCOO

Procurador/a: FERNANDO GOMEZ ROBLES

Letrado/a: FRANCISCO RAFAEL OJEDA LEIVA

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrado/a: S. J. AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 1774/2023

Ilmo. Sr. Presidente:

DON FERNANDO DE LA TORRE DEZA.

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON SANTIAGO MACHO MACHO.

DON MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.

En la ciudad de Málaga, a seis de julio de dos mil veintitrés.

Visto por la Sección funcional 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **rollo de apelación número 3.612/2021**, dimanante de los autos de procedimiento abreviado n.º 391/2020, de cuantía indeterminada, seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, siendo parte apelante, la **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA** (en adelante, Comisiones Obreras), representada por el procurador de los tribunales don Fernando Gómez Robles y dirigida por el letrado don





Francisco R. Ojeda Leiva, y parte apelada, el **AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado y asistido por la letrada municipal doña María Luisa Pernía Pallarés.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia n.º 205/2021, de 4 de junio, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.- Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia n.º 205/2021, de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, que desestimó el recurso interpuesto por el sindicato Comisiones Obreras, ahora apelante, frente a -seguimos el fundamento primero de la sentencia- «la Instrucción de Servicio Interna nº 14/2020, de 28 de agosto de 2020, de la Concejalía Delegada de Recursos Humanos y Calidad del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, sobre medidas preventivas ante el Covid-19, actividad presencial-teletrabajo, en lo relativo a su apartado 2 párrafo “in fine”, en el que se dispone que “En todo caso y con el único objetivo de la protección de la salud frente a la posibilidad de contagio por la pandemia provocada por el Covid-19, el establecimiento de turnos no conllevará abono de



retribuciones adicionales”».

La *ratio decidendi* del fallo desestimatorio se contrae en considerar el juzgador de instancia que (i) el recurso carecía de interés o utilidad real al no desplegar ningún efecto jurídico desde el momento de la desaparición de la instrucción impugnada con el dictado de la Instrucción n.º 15/2020, que sustituyó a la anterior a partir de su entrada en vigor el día 1 de octubre de 2020, y después con la Instrucción n.º 3/2021 conforme a la cual desde el día 15 de marzo de 2021 se había vuelto íntegramente a la actividad presencial, con los horarios y turnos vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma sanitaria, habiéndose producido la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, *ex art.* 22 de la LEC, (ii) que, en todo caso, la instrucción recurrida no contravenía el Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento de Málaga del año 2011, y tampoco el Convenio Colectivo de 2010, porque tanto uno como otro preveían con carácter potestativo o facultativo y no preceptivo u obligatorio, la retribución del complemento de turnicidad a quien trabajase a turnos de forma esporádica o no habitual, (iii) que la instrucción había sido sometida a negociación colectiva al ser remitido su borrador a fin de poder formularse alegaciones, como así efectuó Comisiones Obreras, (iv) y, finalmente, que la instrucción no modificó el Acuerdo de Funcionarios y el Convenio Colectivo sino que se trató de «una mera actuación aplicativa con carácter excepcional con base en el Real Decreto 463/2020», por lo que no fue dictada ni por órgano incompetente ni prescindiendo del procedimiento establecido.

SEGUNDO.- El apelante, el sindicato Comisiones Obreras, funda su recurso en que, a su juicio y al contrario de lo resuelto en la sentencia, el recurso no perdió de forma sobrevenida su objeto ni se produjo una satisfacción extraprocesal porque la instrucción combatida en origen desde su entrada en vigor el 2 de septiembre de 2020 hasta el día 30 del mismo mes y año -siendo sustituida el día 1 de octubre por la Instrucción n.º 15/2020 que mantuvo la misma disposición impugnada relativa a que “*el establecimiento de turnos no conllevará el abono de retribuciones adicionales*”-, desplegó efectos jurídicos. Añade que de producirse la pérdida de objeto de conformidad con el art. 22 de la LEC, debió ser causa de terminación del recurso sin condena en costas, resultando incongruente que la sentencia entrase a examinar el fondo del asunto con imposición de las costas causadas.

Impugna también la sentencia porque la misma hace una interpretación y aplicación incorrecta de los apartados 3.1 del Acuerdo de Funcionarios y del Convenio Colectivo relativos al complemento de turnicidad, pues -prosigue- durante la vigencia de la instrucción los empleados públicos estuvieron sometidos al régimen de turnos que establecía de forma permanente, no esporádica u ocasional, y porque la interpretación literal de los citados apartados obliga al ayuntamiento a abonar el complemento de turnicidad al personal que trabaja a turnos de forma esporádica o no habitual de forma variable según los días trabajados, lo que no queda a la libre discrecionalidad de la Administración.



Mantiene que la sentencia vulnera el art. 28 de la CE, en relación con los arts. 15, 31 y 37 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), además de incurrir en error en la valoración de la prueba, pues el borrador de la instrucción que se remitió a los sindicatos para alegaciones no contenía el párrafo controvertido que fue añadido posteriormente al publicarse, además de que dicha remisión por correo electrónico no supone que fuera objeto de negociación colectiva; al afectar a todos los empleados públicos municipales, tanto personal funcionario como laboral, hubo de ser negociarse en la Mesa General de Negociación, lo que al omitirse vicia de nulidad a la instrucción de conformidad con el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Afirma también que la sentencia vulnera el art. 123.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dado que la instrucción sí modificó el Acuerdo de Funcionarios y el Convenio Colectivo de aplicación, por lo que hubo de ser dictada por el Pleno municipal y no por el concejal delegado de Recurso Humanos y Calidad que era, a su sentir, un órgano manifiestamente incompetente -art. 47.1.b) Ley 39/2015-. Añade que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no contiene ninguna norma en esta materia que autorice a modificar los Acuerdos y Convenios colectivos en cuanto a las retribuciones de los empleados públicos.

En virtud de lo anterior solicita de la Sala que revoque la sentencia impugnada, por ser disconforme a derecho, «resolviendo conforme al cuerpo de alegaciones más arriba formulado».

TERCERO.- La letrada del Ayuntamiento de Málaga apelado, en su escrito de oposición interesa la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios y acertados fundamentos. Mantiene que la parte apelante se limita a reiterar los mismos motivos que esgrimió en el acto de la vista. Arguye que se no ha habido error alguno en la sentencia que justifique su revocación, sino que antes al contrario apreció de forma acertada que se había producido la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en aplicación del art. 22 de la LEC, toda vez que en el suplico de la demanda solo se pedía la anulación de la instrucción -que ya no desplegaba ningún efecto jurídico- y no se había esgrimido como pretensión el reconocimiento de ninguna situación jurídica individualizada. Defiende que la sentencia realiza una interpretación correcta de los apartados del Acuerdo de Funcionarios y del Convenio Colectivo que regulan el complemento de turnicidad, conforme a los cuales para el supuesto específico de la turnicidad esporádica la retribución del complemento queda articulada como una facultad, en contraposición al personal que por la naturaleza de sus funciones está sometida a turnos, en cuyo caso el abono del complemento es imperativo. Postula, finalmente, que la instrucción fue sometida a negociación y que fue dictada por



órgano competente.

CUARTO.- Expuestas las posturas de las partes litigantes, el recurso de apelación, que sí contiene una crítica suficiente de la sentencia impugnada, prospera en los términos que son de ver.

A pesar de la incongruencia interna que apreciamos en la sentencia al afirmarse en ella que el recurso había perdido de forma sobrevenida su objeto de conformidad con lo previsto en el art. 22 de LEC, lo que hubo de determinar que el fallo declarase terminado el recurso por razón de dicha causa, y a pesar de tal apreciación se pasó a continuación a examinar los motivos de impugnación articulados por el sindicato apelante frente a la Instrucción de servicio interna n.º 14/2020 que no fueron acogidos y propició el dictado de un pronunciamiento desestimatorio de la demanda, consideramos no obstante acertado el razonamiento del juzgador ya que dicha carencia de objeto del recurso, a juicio de la Sala, tuvo lugar porque la instrucción estuvo vigente apenas unas pocas semanas, concretamente desde el 2 de septiembre de 2020 hasta el día 30 del mismo mes y año en que fue sustituida por la Instrucción n.º 15/2020 que entró en vigor el día 1 de octubre, y el sindicato no reclamó que fuera reconocida ninguna situación jurídica individualizada sino solo pretendía la anulación de la instrucción, por lo que si bien durante su vigencia sí que produjo efectos jurídicos para la totalidad de los empleados públicos municipales, a excepción de los policías locales y bomberos, y en particular el párrafo o apartado controvertido de la misma por el que se establecía que *“En todo caso y con el único objetivo de la protección de la salud frente a la posibilidad de contagio por la pandemia provocada por el COVID-19, el establecimiento de turnos no conllevará el abono de retribuciones adicionales”* (la negrita es nuestra), tales efectos expiraron y fueron sustituidos por la posterior Instrucción n.º 15/2020, objeto de otro recurso ante el Juzgado n.º 4 tramitado como procedimiento abreviado 457/2020, que si bien establecía una disposición similar, fue a su vez sustituida por la Instrucción n.º 3/2021, de 11 de marzo, que como valora la sentencia determinó que desde el día 15 de marzo de 2021 se volviese íntegramente a la actividad presencial, con los horarios y turnos anteriores a la entrada en vigor del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siendo de aplicación al litigio, *mutas mutandi*, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que invoca y aplica correctamente la sentencia a propósito de la pérdida de objeto en caso de recurso directo contra disposiciones generales derogadas de forma sobrevenida, sintetizada en la STS de 22 de marzo de 2013 (rec. 2.540/2011), pudiendo traerse a colación los razonamientos del Alto Tribunal contenidos en el fundamento tercero a propósito de que este orden jurisdiccional «no está para prevenir agravios futuros o hacer declaraciones doctrinales, sino para tutelar intereses actuales, ciertos y concretos, por ser su finalidad específica restablecer el orden jurídico perturbado, no su prevención», y ello al no haber logrado el sindicato apelante perfilar e identificar qué efectos jurídicos producidos por





la extinta instrucción pudieran haber pervivido al tiempo del dictado de la sentencia de instancia en junio de 2021.

Ahora bien, al producirse la carencia sobrevenida del objeto del recurso el análisis de la sentencia hubo de finalizar ahí y, en su virtud, declarar esta pérdida y no abordar la cuestión de fondo y examinar los motivos de impugnación enarbolados por el sindicato que hubieron de quedar, y quedan, imprejuizados.

QUINTO.- Razones, todas las cuales, culminan en la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación de la sentencia impugnada al no ajustarse a derecho el fallo desestimatorio.

No procede expreso pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias (artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción y art. 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la disposición final primera de aquella ley).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de el sindicato **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA**, contra la sentencia núm. 205/2021, de 4 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, de la que más arriba se ha hecho expresión, que revocamos y en su lugar declaramos la **pérdida sobrevenida de objeto** del recurso contencioso-administrativo tramitado como procedimiento abreviado número 397/2020 de dicho Juzgado, y todo ello sin expreso pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, devuélvase las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y





determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



