
ANA MARTA MIGUEL MIGUEL
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
C/Carmen nº 6-5º C.09001 BURGOS

Manuela Gonzalo Santos
c/ Reyes Católicos nº 6-1º E
05001 Ávila
ÁVILA

Cliete:	SANTOS MARTIN ROSADO	Ref.:	
Contrario:	Ayuntamiento de Las Navas del Marqués		
Organo:	Sección Segunda Sala de lo Contencioso TSJ		
Procedimiento:	Recurso de Apelación N º 39/13		
M/Ref.:	CO-2013/7		
Letrado	Manuela Gonzalo Santos	Ref.:	

Burgos a 29 de Julio de 2013

Estimado/a Compañero/a:

Adjunto te remito el último trámite procesal en el asunto arriba referenciado.

Notificado:30/07/2013 Sentencia: SE DESESTIMA EL RECURSO DEL AYUNTAMIENTO
CON IMPOSICION DE COSTAS

Recibe un cordial saludo

Fdo Ana Marta Miguel



T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD S-2
BURGOS

SENTENCIA: 00329/2013
N56820
AVDA. DE LA AUDIENCIA N° 10

N.I.G: 05019 45 3 2011 0100069
Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000039 /2013
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D./ña. AYUNTAMIENTO DE LAS NAVAS DEL MARQUES
Representación D./Dª. JESUS MIGUEL PRIETO CASADO
Contra D./Dª. SANTOS MARTIN ROSADO
Representación D./Dª. ANA MARTA MIGUEL MIGUEL

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 2ª

Presidente/a Acctal. Ilmo. Sr. D. Valentín Varona Gutiérrez

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 329/2013
Rollo de APELACIÓN N°: 39/2013
Fecha : 23/07/2013
P.A. 55/11 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila.

Ponente Dª. M. Encarnación Lucas Lucas
Secretario de Sala: Sr. Ruiz Huidobro

Ilmos. Sres.:
D. Valentín Varona Gutiérrez
D. José Matías Alonso Millán
Dª. M. Encarnación Lucas Lucas

En la Ciudad de Burgos, a veintitrés de julio de dos mil trece.

La Sección Segunda de la **Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de** Castilla y León en Burgos, siendo **Ponente** la Sra. Encarnación Lucas Lucas, ha visto en grado de apelación, el **Rollo de Apelación N° 39/2013** interpuesto contra la sentencia nº 53/2013 de 11 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ávila en el recurso contencioso-administrativo nº 55/2011, habiendo sido partes en esta instancia, como apelante el AYUNTAMIENTO DE LAS NAVAS DEL MARQUES, representado por el Procurador Sr. Prieto Casado y asistido por el Letrado Sr. Paradinas Hernández y como apelado DON SANTOS MARTÍN ROSADO representado por la Procuradora Sra. Miguel Miguel y asistido por la Letrada Sra. Gonzalo Santos.

Es Ponente de la presente resolución la Iltrma. Sra. Encarnación Lucas Lucas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Ávila, en el proceso indicado, dictó sentencia el 11 de marzo de 2013 cuya parte dispositiva dice: " SE ACUERDA ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Prieto Sánchez, en representación de D. SANTOS MARTÍN ROSADO, dirigido por la Letrada Sra. Gonzalo Santos, en el que se impugna la desestimación por silencio administrativo de la reclamación presentada por el recurrente ante el Ayuntamiento de las Navas del Marqués (Ávila), con fecha 3 de Febrero de 2011, de cesación de la actuación constitutiva de la vía de hecho en relación con la reclamación relativa a la no disminución de la actividad profesional del recurrente, de reintegro de las cantidades deducidas indebidamente de la nómina en concepto de productividad y abono de retribuciones correspondientes, a la que se refiere este procedimiento y el encabezamiento de esta Sentencia, estimando las pretensiones de la parte recurrente y, en consecuencia, debe declararse: 1.- Contraria y no ajustada a derecho la actuación administrativa impugnada, procediendo su anulación.

2.- Que el Ayuntamiento de las Navas del Marqués (Ávila), debe reponer al recurrente en las funciones que venía desarrollando, restituyéndole en las tareas que desarrollaba en su puesto de trabajo, declarando como consecuencia, el derecho del recurrente a percibir el complemento de productividad que venía cobrando, así como las retribuciones dejadas de percibir por tal concepto, cuyo importe asciende a la cantidad de 3.022 euros, la cual devengará el interés legal correspondiente, condenando a la Administración Local demandada a estar y pasar por dichos pronunciamientos y a cumplirlos.

3.- Todo ello, con expresa imposición al Ayuntamiento demandado de las costas procesales causadas en este procedimiento.”.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución por la Administración demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en un efecto dándose traslado del mismo a la inicial parte demandante habiendo impugnado el mismo, y remitidos los autos a esta Sala, una vez vencido el plazo de personación de las partes, se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2013 lo que se ha llevado a cabo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras la exposición de las pretensiones de las partes, relaciona los hechos que estima probados en autos, para posteriormente declarar que “...la actuación del Ayuntamiento demandado, en concreto de su Alcalde, constituye una vía de hecho, habiéndose procedido a cesar al recurrente en las tareas administrativas que venía desempeñando de forma verbal, sin motivación, sin justificación alguna, habiéndose prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (art. 62.1.e) de la Ley 30 /92), lesionándose los derechos del recurrente susceptibles de amparo constitucional, como lo es el derecho a participar en asuntos públicos directamente y en condiciones de igualdad, el derecho al trabajo y a su remuneración. El hecho de que se haya apartado al recurrente de las tareas administrativas que

venían realizando y la consiguiente pérdida de la remuneración de las mismas, vulnera en este caso el derecho de dicho recurrente a concurrir en condiciones de igualdad a las elecciones municipales..... CUARTO: Con la actuación administrativa impugnada, se vulnera igualmente el derecho subjetivo consolidado al contenido de la función a desarrollar y de orden económico, como con acierto alega la parte recurrente, ya que en materia de derechos funcionariales se viene manteniendo que, frente al poder organizativo del que goza la Administración, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar. Por la vía de hecho, el recurrente se ha visto privado de un derecho consolidado y que ha desembocado en la condición de adquirido, cual es el de desarrollar las funciones de su puesto que venía desempeñando como funcionario desde el año 2001 y de forma ininterrumpida, siendo así que dichas funciones sigue siendo necesario realizarlas, no han desaparecido. Evidentemente, ello no implica que no pueda alterarse el contenido de los derechos funcionariales en virtud de las potestades de la Administración que hay que reconocer, pero siempre mediante la aplicación de los correspondientes instrumentos normativos y siguiendo el procedimiento correspondiente y legalmente establecido, nada de lo cual se ha hecho en este caso. La Administración demandada, en este supuesto, no ha actuado simplemente en aplicación de su potestad de autoorganización, sino que lo que ha hecho ha sido, sin ningún tipo de justificación, ni motivación, ha sido apartar al recurrente de las tareas administrativas que venía realizando y suprimirle el complemento de productividad que percibía por ellas, actuación irregular no amparada por el ordenamiento jurídico, actuando sin seguir procedimiento alguno, sin motivar nada y sin respetar las reglas de competencia y sin haber desaparecido las causas que motivaron que se le atribuyeran dichas tareas administrativas.

Por otra parte, y además, queda acreditado en autos que no ha existido queja alguna en relación con el trabajo desarrollado por el recurrente por parte de la empresa externa que se encargaba de la contabilidad y auditoría de la Sociedad Montes de las Navas S.A., NTC Consultores, no habiéndose solicitado por su parte cambio alguno en el personal del Ayuntamiento que llevaba las tareas administrativas, ni habiéndose formulado queja alguna sobre el particular. La declaración del Sr. Palomo Álvarez (responsable de esta empresa NTC Consultores), que consta en autos, releva de mayores consideraciones al respecto”.

Tras esta exposición y calificación de la actuación municipal impugnada la sentencia de instancia concluye que “...debe declararse disconforme a derecho la actuación administrativa impugnada, procediendo que por parte del Ayuntamiento demandado se restablezca al recurrente en la situación jurídica individualizada que demanda, debiendo declararse la procedencia de que se le restituya al recurrente en las tareas que venía realizando en su puesto de trabajo y, en consecuencia, el derecho a percibir el complemento de productividad que venía percibiendo, debiendo el mencionado Ayuntamiento demandado abonar al recurrente las retribuciones dejadas de percibir por el mismo y por tal concepto desde que se produjo el cese que nos ocupa”

Por el Letrado del Ayuntamiento en su escrito de apelación, tras denunciar que la sentencia de instancia realiza una aplicación indebida de la normativa reguladora del complemento de productividad de los funcionarios de la Administración Local, niega la existencia de vía de hecho en la actuación municipal, para finalizar sosteniendo que no procede percibir el complemento de

productividad por un trabajo no realizado, ni procede la declaración de que el actor sea repuesto en sus funciones, entrando la sentencia en contradicción interna en este extremo.

Por la parte apelada, recurrente en el recurso principal, se ha opuesto al recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento por las razones expuestas en su escrito solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido.

Ello no significa, sin embargo, que el Tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1.988 y 11 de marzo de 1.991 ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1.998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

Desde esta perspectiva debe analizarse el presente recurso destacándose ya que, en muchos aspectos, el escrito de apelación se limita a reiterar sus argumentaciones mantenidas en la instancia, sin hacer una crítica real y fundada de la sentencia dictada por el órgano judicial así, en cuanto a los hechos que la sentencia declara probados, el apelante discrepa de los mismos haciendo su particular relación de hechos probados de los que estima debe partirse para analizar el litigio, pero sin denunciar la existencia de error en la valoración de la prueba realizada por el órgano judicial de instancia, y limitándose, sin más, a realizar su propia, particular e interesada valoración. Ante esta falta de cuestionamiento de la valoración de la prueba realizada por la sentencia debemos partir de los hechos que se declaran como probados en la misma ya que, siguiendo en esto un consolidado criterio jurisprudencial, debe de prevalecer la apreciación probatoria realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano "a quo" ha incurrido en error al efectuar tal operación, o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica, que no es el supuesto presente. Ello es así porque normalmente es el órgano judicial de la instancia el que practica de forma directa las pruebas, con observancia del principio de inmediación y en contacto directo con el material probatorio, con lo que estará en mejor posición en tal labor de análisis de la prueba que la que tendrá la Sala que conozca de la apelación.

Pues bien la sentencia de instancia, con remisión a la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2011 dictada en el recurso de apelación nº 169/2011, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Las Navas del Marqués (Ávila), contra la *sentencia de fecha 10 de junio de 2.011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila* en el procedimiento de Derechos Fundamentales núm. 56/2011, cuyo objeto era el mismo que en el presente recurso, declara probado que : El recurrente, es funcionario del Ayuntamiento demandado desde el 1 de Marzo de 1980, fecha en la que obtuvo la plaza de Auxiliar Administrativo, ascendiendo a Administrativo en el año 1989. En el año 1991, fue nombrado Alcalde de las Navas del Marqués, cargo que ocupó hasta Mayo de 1995, fecha en la que regresó a su puesto de trabajo como Administrativo en el Ayuntamiento de las Navas del Marqués. Consta así mismo que el recurrente tomó posesión del cargo de Concejal del Ayuntamiento demandado en Julio de 2011 quedando en situación de excedencia en su puesto como Administrativo del Ayuntamiento demandado. Consta también probado en autos que el recurrente hasta el momento en el que se le dice que cese en dichas tareas, estaba llevando a cabo las tareas administrativas de la entidad, Montes de Las Navas S.A., de la que el Ayuntamiento demandado posee el 70% de las acciones, tareas que venía desempeñando desde el año 2001. Queda así mismo constancia en autos que el día 31 de Enero de 2011, al recibir el recurrente la nómina correspondiente al mes de Enero de 2011, no aparece en la misma el complemento de productividad que desde el año 2001 se le venía incluyendo en la nómina con carácter trimestral por el desempeño de las tareas administrativas citadas y cuyo importe aproximadamente ascendía a unos 1.500 euros. Consta igualmente probado que fue el Alcalde del Ayuntamiento demandado quien verbalmente ha cesado y retirado al recurrente de las tareas administrativas que venía realizando para la entidad, Montes de Las Navas S.A., así se lo comunicó a dicho recurrente en Enero de 2011, diciéndole que como a partir de Junio de 2011 ya tendría la categoría de Concejal, que ya no haría más los trabajos de la entidad, Montes de Las Navas S.A. Queda igualmente acreditado en autos que la tareas administrativas citadas las venía haciendo el recurrente de forma ininterrumpida desde el año 2001, desde el primer Convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento demandado y la Sociedad Montes de Las Navas S.A. en materia de prestación de trabajos administrativos y colaboración recíproca, Convenio que se viene aprobando anualmente por dicha sociedad y firmando por el Alcalde del Ayuntamiento y el Vicepresidente de la misma, siendo el último Convenio de fecha 26 de Noviembre de 2010, acordándose en virtud del mismo que la Sociedad citada entregue al Ayuntamiento demandado una cantidad de euros anuales para que funcionarios del Ayuntamiento presten a la citada Sociedad los servicios administrativos. Queda así mismo demostrado en las actuaciones que desde 2001 hasta 2008, las tareas administrativas de la mencionada Sociedad, las realizaron tres funcionarios del Ayuntamiento demandado: D. Carlos de la Vega Bermejo, Secretario del Ayuntamiento y Director General de la Sociedad, quien percibe al 50% de la cantidad que la citada sociedad entrega anualmente al Ayuntamiento demandado; el recurrente, quien hacía todas las tareas de gestión administrativa, percibiendo el 60% del 50% restante y D. Félix Miguel Segovia, quien realizaba los apuntes contables del trabajo que el recurrente hacía, percibiendo el 40% del 50% citado y que tras el fallecimiento de este último y desde Enero de 2008, sólo dos funcionarios del Ayuntamiento realizan tareas de la Sociedad citada: el Sr. De la Vega Bermejo y el recurrente, realizando los apuntes contables que hacía el Sr. Segovia, la Asesoría Fiscal NTC. Consta igualmente acreditado que el 3 de Febrero de 2011 el recurrente solicitó baja laboral, situación en la

que estuvo hasta el 21 de Febrero de 2011 y que con fecha 26 de Febrero de 2011 sufrió un infarto de miocardio, lo que determinó su baja laboral". A estos hechos también se añaden los declarados probados por la Sentencia de la Sala citada anteriormente "...que el recurrente es una persona comprometida con su trabajo desde que en el año 1980 comenzó a prestar servicios como funcionario en el Ayuntamiento demandado, primero como Auxiliar administrativo y luego como Administrativo, siendo en la actualidad el único funcionario de la entidad local, puesto que el resto del personal es laboral. Dicho funcionario, y por encargo del propio Ayuntamiento, además realizaba desde el año 2001 las tareas administrativas para la empresa pública "Montes de Las Navas S.A.", de la que dicha Corporación posee el 70% de las acciones, percibiendo trimestralmente por dicha prestación un complemento de productividad. El citado Sr. Martín Rosado también fue Alcalde del citado Municipio en los años 1991 a 1995. En las pasadas elecciones a celebrar en el mes de Mayo de 2.011 decidió presentarse nuevamente lo que así comunicó públicamente el 21 de diciembre de 2010, lo que finalmente hizo siendo elegido concejal por dicha Corporación. Conociendo el Alcalde-Presidente de dicho Ayuntamiento, D. Gerardo Pérez García, la decisión del recurrente de concurrir a las citadas elecciones locales, con fecha 3 de enero de 2.011 comunica verbalmente al Sr. Martín Rosado que como a partir del mes de junio obtendría al menos la categoría de concejal, que desde ese mismo día 3 de enero dejaba de prestar las tareas administrativas en la empresa "Montes de las Navas, S.A.", lo que se tradujo en que en la nómina del mes de enero no percibiera el complemento de productividad que venía percibiendo desde el año 2.001 por desempeñar esas otras tareas administrativas. Por otro lado, también en el mes de enero de 2.011 el aparato utilizado por el personal del Ayuntamiento para "fichar" las horas de entrada y salida se dañó, y ante las sospechas de que la rotura fuera intencionada, el Alcalde, convocó el día 11 de ese mes una reunión con los miembros de la Policía Local en donde informó de que debían vigilar la sede del Ayuntamiento para que a partir de las tres de la tarde no entrara nadie ya que la reciente rotura del "fichador", le llevaba a adoptar esa decisión. Ante las preguntas de un policía local sobre si las sospechas recaían en algún miembro del Cuerpo, el propio Alcalde dijo que "sospechaba de una persona que se presentaba a las elecciones, que trabajaba en el Ayuntamiento y que lo había hecho por venganza"; se refería el Alcalde, sin nombrarlo, al Sr. Martín Rosado. Ante insinuaciones tan evidentes se preguntó por uno de los agentes de la Policía Local si debían vigilar a Santos, a lo que la Teniente de Alcalde, también presente en dicha reunión, encargada de las cuestiones de personal, afirmó que sí, que esa persona tenía horario hasta las tres y que luego no podía entrar en el Ayuntamiento. Estos hechos fueron conocidos por el actor tras comunicárselos el Jefe de la Policía Local, negando el actor ser el autor de dichos hechos a la que vez procedió a devolver las llaves que tenía de las dependencias municipales. En todo caso no consta que llegara a descubrirse si la avería fue intencionada. Por otro lado, el 21.1.2011 sobre las 12,00 horas, encontrándose Santos Martín trabajando en dependencias municipales, y no constando que estuviera verificando labores ajenas a su cometido, llegó el Alcalde Gerardo Pérez y visiblemente airado y en voz alta se dirigió a Santos con las siguientes expresiones: "Aquí sólo puedes hacer cosas del Ayuntamiento. Las reuniones privadas fuera del Ayuntamiento". Con fecha 3 de febrero de 2.011 le fue dada la baja laboral al actor que permaneció en dicha situación hasta el día 21.2.2011 en que se incorporó a su puesto de trabajo, si bien como consecuencia de sufrir un infarto de miocardio el día 26.2.2011, cuando jugaba al Fútbol-Sala, volvió

a coger otro período de baja laboral en la que ha continuado al menos hasta con posterioridad a la celebración de las elecciones locales en las que participó el actor siendo elegido concejal”.

De estos hechos la sentencia de instancia concluye, como ya se transcribió más arriba, en la existencia de vía de hecho en la actuación municipal al haber sido apartado el actor de las funciones que llevaba a cabo en la empresa "Montes de las Navas, S.A.", por haberse llevado a cabo de manera verbal, inmotivada, y por órgano incompetente. Frente a esta conclusión el Ayuntamiento apelante sostiene que no existe vía de hecho ya que hubo un acto administrativo por el que el actor fue apartado de las funciones que ejercía en la empresa "Montes de las Navas, S.A.", aunque fuera verbal, dictado por el Alcalde, Jefe Superior del personal del Ayuntamiento, y motivado por el hecho de que el recurrente iba a dejar su puesto de funcionario tras la celebración de las elecciones municipales, a las que había decidió concurrir como candidato.

TERCERO.- Para dar respuesta a la cuestión planteada hemos de comenzar nuestro análisis haciendo referencia a los requisitos que, de acuerdo con la doctrina general, son necesarios para poder apreciar una situación de vía de hecho, que en concreto son los siguientes: se exige la existencia de una actuación de la Administración que o bien carezca de la necesaria potestad para su ejercicio -con origen en la doctrina del Consejo de Estado Francés "manque de droit"-, o bien se ejercite al margen de todo procedimiento -"manque de procedure"-; la Administración, así, debe haber actuado sin la adopción del previo acto o título que le sirva de fundamento, según se desprende del art. 93 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre .

Por ello hay que descartar la vía de hecho en aquellos casos de existencia de cualquier vicio procedimental o de falta de competencia del órgano, incluso los de nulidad de pleno derecho, pues no cualquier infracción jurídica determinante de nulidad o de anulabilidad podrá, por sí sola, equivaler al supuesto de la ausencia de la mínima cobertura jurídica, que es exigida para reputar existente la vía de hecho , debiendo pues tratarse, se insiste, de los supuestos más graves de actuación material que se llevan a cabo total y absolutamente al margen de la competencia del órgano y prescindiendo de todo procedimiento en que poder amparar la actuación. Y de este modo no deben reputarse como actuaciones constitutivas de vía de hecho aquellas actuaciones que incurran en cualquier tipo de vicio procedimental, incluso los más graves de vulneración de derechos fundamentales o los de omisión del procedimiento legalmente establecido que determinarían su nulidad de pleno derecho, sino sólo cuanto se trate de actuaciones materiales en que o no concurre la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento, o existe pero al margen absoluto de ejercicio de potestad, o, en fin, adolece de cualquier procedimiento y de la decisión del órgano competente.

Y esto es lo que ocurre en el supuesto presente, como ha apreciado la sentencia de instancia, pues el actor fue apartado de la realización de las funciones que desde el año 2001 venía realizando en la empresa "Montes de las Navas, S.A.", “de facto”, sin seguirse procedimiento administrativo alguno para ello y sin existencia de razones que lo justificasen.

Es cierto que, como el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 13 de abril de 1999, "...en el ámbito de las reorganizaciones funcionariales que las Administraciones Públicas puedan efectuar a través de los cauces legalmente establecidos, los funcionarios no pueden oponer, frente a aquéllas, pretensiones de congelación indefinida de situaciones jurídicas preexistentes, salvo que las mismas puedan verdaderamente considerarse como derechos adquiridos, pero en sentido estricto, no en el sentido extensivo que en ocasiones se pretende dar a la expresión y que convierte en derecho

adquirido cualquier aspecto existente en la relación jurídica entre Administración y funcionario, olvidando el carácter estatutario de la misma y la sujeción de este último a las potestades de configuración de aquella por la Administración. Ha de decirse, pues, que ni el funcionario integrado en una determinada Administración puede exigir la perpetuación de todas las circunstancias propias de su puesto (funciones, dependencia jerárquica, etc.) cuando la Administración opera una reorganización por los cauces legales, sino sólo de aquéllas que normativamente se regulan como inalterables. Sólo cabe entender que habrá de respetarse lo que cabe consolidar, como son los derechos económicos correspondientes al grado consolidado y el grado mismo (art. 21 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública), la inamovilidad geográfica relativa y el derecho al cargo (art. 63.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), pero este último derecho interpretado en la forma que señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-3-92 , es decir, como derecho a no ser privado de la condición de funcionario, y el que el puesto al que se asigne al funcionario sea de acceso por concurso, si por concurso accedió al que tenía, como garantía frente a la remoción (artículo 20.1.e de la Ley 30/84)", pero también lo es que dichas decisiones deben ser adoptadas por el órgano competente para ello, siguiendo el procedimiento legalmente establecido y motivándolo debidamente. En el caso enjuiciado, de lo obrante en las actuaciones, no se deduce que el cese del actor en sus funciones en la empresa "Montes de las Navas, S.A." respondiera a circunstancias concretas de organización y necesidades del servicio y fuera ajeno a todo propósito de privar a dicha persona de las retribuciones que acompañaban el desempeño de las mismas en represalia al hecho de haber decidido presentarse a las elecciones municipales. Esta actuación no cabe estimarla amparada legalmente por la decisión del Alcalde comunicada el 3 de enero de 2011 verbalmente al actor y en la que le dijo que "como a partir del mes de junio de 2011...obtendría al menos la categoría de concejal, que desde ese mismo día 3 de enero dejaba de prestar las tareas administrativas en la empresa Montes de las Navas S.A.", ya que, primero, el dictado de actos administrativos de naturaleza verbal debe estar justificada (art. 55 de la Ley 30/1992) por exigencias de su naturaleza o permitido por esta, lo que no ocurre en el presente supuesto en el que, dado el contenido y repercusión de la decisión administrativa, esta no permite su dictado verbal. Y, en todo caso, y aunque se admitiera este acto como el acto administrativo que ha dado lugar a la revocación de las funciones del actor, es claro que el mismo ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, así se concluye en la sentencia de instancia y no se cuestiona en esta apelación, y sin seguirse procedimiento administrativo alguno al tratarse, como se expresa en la sentencia, de una decisión del Alcalde adoptada "de forma unilateral...por haber decidido dicho recurrente presentar candidatura a las elecciones municipales...", lo que pone de manifiesto una clara desviación de poder en la toma de esta decisión.

Por lo tanto y conclusión de lo expuesto es que debe confirmarse la sentencia de instancia en cuanto considera que la relevación de funciones del actor respecto de las que venía desempeñando desde el año 2001 en la empresa "Montes de las Navas, S.A." lo fue por vía de hecho, sin resolución administrativa que lo ampare, ya que el hecho de que el actor hubiera decidido presentarse a las elecciones municipales no tiene que repercutir en sus derechos funcionariales y menos aún en un momento en el que se desconocía el resultado electoral. Se han alegado por el Ayuntamiento razones organizativas que han derivado en esta decisión, razones que la sentencia de instancia analiza detalladamente para concluir en la falta de realidad y justificación de las mismas. En el escrito de

apelación nada se dice sobre estas consideraciones contenidas en la sentencia y que esta Sala acoge en su integridad.

CUARTO.- Se sostiene por el Ayuntamiento apelante que la sentencia de instancia vulnera la normativa reguladora del complemento de productividad, art. 23.3 c) de la Ley 30/1984, y RD 861/1986, toda vez que considera el complemento de productividad como un derecho permanentemente asignado al puesto de trabajo, siendo lo cierto que el citado complemento es de carácter subjetivo estando vinculada su percepción al ejercicio de la actividad extraordinaria consistente, en este caso, en el desempeño de funciones en la empresa Montes de las Navas, y que desaparecida esta función debe desaparecer la retribución.

Esta alegato impugnatorio de la sentencia de instancia no puede tener favorable acogida ya que con él el recurrente se limita a realizar una parcial e interesada lectura de la misma ya que si bien son ciertas las aisladas y entrecomilladas frases de la sentencia destacadas en el escrito de apelación las mismas deben ponerse en relación con la restante argumentación de la sentencia. Así tras afirmar, como destaca el apelante que “Por la vía de hecho, el recurrente se ha visto privado de un derecho consolidado y que ha desembocado en la condición de adquirido, cual es el de desarrollar las funciones de su puesto que venía desempeñando como funcionario desde el año 2001 y de forma ininterrumpida, siendo así que dichas funciones sigue siendo necesario realizarlas, no han desaparecido...”; se añade que “Evidentemente, ello no implica que no pueda alterarse el contenido de los derechos funcionariales en virtud de las potestades de la Administración que hay que reconocer, pero siempre mediante la aplicación de los correspondientes instrumentos normativos y siguiendo el procedimiento correspondiente y legalmente establecido, nada de lo cual se ha hecho en este caso. La Administración demandada, en este supuesto, no ha actuado simplemente en aplicación de su potestad de autoorganización, sino que lo que ha hecho ha sido, sin ningún tipo de justificación, ni motivación, ha sido apartar al recurrente de las tareas administrativas que venía realizando y suprimirle el complemento de productividad que percibía por ellas, actuación irregular no amparada por el ordenamiento jurídico, actuando sin seguir procedimiento alguno, sin motivar nada y sin respetar las reglas de competencia y sin haber desaparecido las causas que motivaron que se le atribuyeran dichas tareas administrativas”. Por lo tanto y contra de lo sostenido en la apelación la sentencia no considera que el actor tenga un derecho consolidado al desempeño de estas funciones sino que no puede ser privado de las mismas en la forma en que lo ha sido, lo que, como se dijo en el anterior fundamento esta Sala comparte en su integridad.

Igualmente en el fundamento jurídico 5 la sentencia de instancia puntualiza que “No se trata de afirmar que el complemento que nos ocupa, sea un derecho permanente asignado al puesto de trabajo, que ya se sabe que no lo es, sino que de lo que se trata es de que si el recurrente tenía encomendadas unas tareas que venía realizando por las que se le había asignado dicho complemento, mientras no se le cese en debida forma del desempeño de dichas tareas seguirá teniendo derecho a seguir realizándolas y, en consecuencia, a percibir el complemento de productividad asignado por el desempeño de las mismas. Claro que la productividad estaba vinculada a la realización de los trabajos que venía haciendo el recurrente y, por tanto, como dichos trabajos los deja de realizar no porque haya desaparecido la necesidad de hacerlos, ni porque el recurrente haya decidido no realizarlos, sino porque se le ha cesado de forma incorrecta en ellos, no puede afirmarse que ya no tenga derecho a percibir el complemento en cuestión. La potestad de autoorganización que

se invoca por primera vez en el acto de la vista, no ha quedado demostrado en autos que haya sido el motivo del cese del recurrente, de hecho se le cesa sin ofrecerle motivo alguno, sin justificación alguna y el hecho de que haya sido nombrado Concejal tampoco se invocó en vía administrativa como causa del cese y, en todo caso, ello permitiría no abonar dicho complemento desde el pase del recurrente a la situación de excedencia por haber sido designado Concejal, no antes, como se pretende, ni si se incorpora a su puesto y sigue desempeñando las tareas que daban derecho al mismo. El recurrente, tras varios años prestando servicios como funcionario del Ayuntamiento demandado de forma continuada percibiendo regularmente el complemento de productividad, determina que éste no pueda ser suprimido sin justificación razonada y válida alguna, por lo que tiene derecho a seguir percibiendo dicho complemento en la cuantía que se le venía abonando, pues aunque el mencionado complemento no genere ningún derecho adquirido, el Ayuntamiento demandado no puede dejar de abonar el mismo sin motivar adecuadamente tal decisión. Cuestión distinta es que al pasar el recurrente a la situación de excedencia por haber sido nombrado Concejal del Ayuntamiento y durante el tiempo en el que esté en dicha situación no tenga derecho a percibir dicho complemento. Debe añadirse igualmente que en cualquier caso, la denegación del citado complemento lo que exigiría sería una valoración particularizada de la actitud subjetiva del funcionario recurrente en relación con su especial rendimiento, su actividad extraordinaria o el interés o iniciativa con que desempeñe o no su puesto de trabajo, valoración individualizada que no se ha producido en el presente para suprimir dicho complemento”. Añadiendo en el párrafo final de este fundamento que “Aunque el abono del complemento que nos ocupa no origina ningún derecho individual adquirido en favor del funcionario para los períodos sucesivos, sólo motivadamente puede dejarse sin efecto ya que conforme al artículo 5.2 y 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 Abr., por el que se aprueba el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, dicho complemento responde a circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo durante un período determinado según los programas preestablecidos, calificándose en alguna sentencia como una auténtica vía de hecho la actuación de la Administración que deja de abonarlo a partir de un mes concreto al funcionario que venía percibiéndolo hasta ese momento, sin dar razón alguna válida de tal supresión y al no haberse acreditado la más mínima motivación del proceder municipal que justificara el impago de dicha cantidad que hasta entonces venía practicando: Tal actuación constituye una infracción del mandato del art. 54.1.a de la Ley 30/92, que la exige cuando se limitan derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que sin constituir un derecho adquirido está determinado ex ante, y sólo motivadamente puede dejarse sin efecto...”.

En definitiva la sentencia recurrida no vulnera los preceptos citados por el recurrente ya que en modo alguno considera que el recurrente tenga un derecho consolidado a realizar determinadas funciones y a cobrar por ellas el complemento de productividad sino que no puede ser privado del desarrollo de estas funciones, con la consiguiente pérdida del complemento, del modo en el que lo ha sido.

QUINTO.- Junto con la declaración de nulidad de la vía de hecho impugnada la sentencia recurrida contiene, como reconocimiento de una situación jurídica individualizada, la condena a “Que el Ayuntamiento de las Navas del Marqués (Ávila), debe reponer al recurrente en las funciones que venía desarrollando, restituyéndole en las tareas que desarrollaba en su puesto de trabajo, declarando como consecuencia, el derecho del recurrente a percibir el complemento de productividad

que venía cobrando, así como las retribuciones dejadas de percibir por tal concepto, cuyo importe asciende a la cantidad de 3.022 euros, la cual devengará el interés legal correspondiente, condenando a la Administración Local demandada a estar y pasar por dichos pronunciamientos y a cumplirlos”.

Respecto de esta pretensión el actor, en el acto de la vista, limitó su reclamación económica a las cantidades que debería haber percibido, como complemento de productividad, durante en los meses de enero de 2011 y de abril de 2011 ya que en junio de 2011 paso a la situación de excedencia voluntaria. La sentencia, como se ha transcrito, acoge esta pretensión y condena al Ayuntamiento a reintegrarle en sus funciones y abonarle el complemento de productividad que habría recibido de no haber sido cesado del mismo ilegalmente. Frente a estas declaraciones el Letrado del Ayuntamiento sostiene que no procede el pago de cantidad alguna ya que desde el 3 de febrero de 2011 el acto estuvo de baja laboral por lo que, en todo caso, no habría percibido cantidad alguna por el concepto de complemento de productividad.

Esta pretensión debe ser desestimada ya que no se trata de obtener la retribución de un trabajo no realizado, aunque, en este caso, durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 el actor sí realizó sus funciones en la empresa Montes de las Navas S.A., sino de la posibilidad establecida en el art. 31.2 de la Ley 29/98 de fijar, para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica, la indemnización de los daños y perjuicios que procedan, aunque para ello se parta de las cantidades que el recurrente habría percibido de no haber tenido lugar el ilegal actuar administrativo, cantidad que, en el caso de autos, se estima justificada por ser una retribución legada a la asignación de unas funciones encomendadas y de las que no debió ser cesado en el modo en que lo fue.

Y en cuanto a la reposición en sus funciones del recurrente es cierto, como afirma el apelante, que encontrándose en la actualidad en situación de excedencia voluntaria dicha reincorporación no puede tener lugar pero en todo caso se trata de una declaración que ha de ir unida a la de nulidad de la vía de hecho producida para hacer desaparecer del mundo jurídico todos los efectos derivados de la misma, con independencia de que esta reincorporación solo podrá producirse de mantenerse las circunstancias que concurrían en el momento del ilegal cese.

ULTIMO.- Siendo desestimado el recurso de apelación procede la imposición de las costas causadas en el mismo a la parte apelante (art. 139 de la Ley 29/98).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

FALLO

Que se DESESTIMA el recurso de apelación registrado con el número nº 39/2013, interpuesto por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE LAS NAVAS DEL MARQUES contra la sentencia nº 53/2013 de 11 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ávila en el recurso contencioso-administrativo nº 55/2011. Y todo ello con imposición de las costas a la parte apelante.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó celebrando Audiencia Pública. Doy fe.