



Roj: **STS 3091/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3091**

Id Cendoj: **28079130042020100233**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/10/2020**

Nº de Recurso: **7908/2018**

Nº de Resolución: **1233/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 4543/2018,**  
**ATS 7652/2019,**  
**STS 3091/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.233/2020**

Fecha de sentencia: 01/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7908/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 22/09/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: dpp

Nota:

R. CASACION núm.: 7908/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1233/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 1 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7908/2018, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Belén San Román López, en nombre y representación del Ayuntamiento de Orense, contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de casación núm. 193/2018, que se interpuso contra la Sentencia de 12 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 1 de Orense, en el recurso contencioso administrativo núm. 158/2017, sobre retribuciones.

Se ha personado como parte recurrida el Procurador de los Tribunales don Miguel Vilariño García en nombre y representación de don Juan Pablo

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.1 de Orense ha dictado Sentencia el día 12 de enero de 2018, en el recurso contencioso administrativo núm. 158/2017 interpuesto por don Juan Pablo frente al Decreto de 2 de mayo de 2017 del Concejal de Recursos Humanos del Concello de Ourense, desestimatorio de la solicitud de reconocimiento del derecho a incluir en la retribución correspondiente al periodo de vacaciones los pluses de festividad y nocturnidad del mes inmediatamente anterior.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se ha seguido el recurso de apelación núm. 193/2018, interpuesto por don Juan Pablo, y como parte apelada el Ayuntamiento de Orense contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2018, dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 158/2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Orense.

**SEGUNDO.**- En el citado recurso contencioso administrativo, se dicta Sentencia el día 26 de septiembre de 2018, cuyo fallo es el siguiente:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Ourense.

Estimar el recurso de apelación promovido por don Juan Pablo y revocar la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Ourense, en fecha 12 de enero de 2018.

Declarar el derecho del recurrente Sr. Juan Pablo a percibir en la remuneración por el período de vacaciones los pluses de festividad y nocturnidad tomando como referencia la media mensual percibida, por tales conceptos, durante los doce meses anteriores, condenando al Ayuntamiento demandado a satisfacer al actor los atrasos correspondientes a los cuatro años anteriores a la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa, con abono de intereses legales.

Imponer las costas procesales causadas en esta alzada al Ayuntamiento demandado, en los términos y con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento de Quinto."

**TERCERO.**- Contra la mentada sentencia, el Ayuntamiento de Orense preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

**CUARTO.**- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 5 de julio de 2019, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Orense contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2018, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de apelación núm. 193/2018.

**QUINTO.**- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 11 de septiembre de 2019, la parte recurrente, Ayuntamiento de Orense, solicita que declarando haber lugar al recurso, case y deje sin efecto la Sentencia recurrida, desestimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo.

**SEXTO.**- Conferido trámite de oposición, mediante providencia de fecha 18 de septiembre de 2019, la parte recurrida presenta escrito el día 4 de noviembre de 2019, solicitando que se dicte sentencia por la que se acuerde la desestimación, con expresa condena en costas a la parte recurrente.



**SÉPTIMO.-** Mediante providencia de fecha 25 de mayo de 2020, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 22 de septiembre de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 23 de septiembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *La sentencia recurrida*

El recurso de casación se interpone contra la Sentencia dictada por la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrida contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Orense, que había estimado en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el allí recurrente y ahora recurrido, respecto de la impugnación del Decreto de 2 de mayo de 2017 del Concejal de Recursos Humanos del Concello de Orense, que había desestimado la solicitud de reconocimiento del derecho a incluir en su retribución, como bombero municipal, durante el periodo de vacaciones, el plus de festividad y el de nocturnidad.

La sentencia del juzgado consideró, como fundamento de la estimación en parte del recurso contencioso administrativo, que procedía estimar el recurso únicamente en lo relativo al "plus de nocturnidad", pero no en lo que se refiere al "plus de festividad". En concreto, razona que *<< Y ello porque ponen en evidencia que no se corresponde en la realidad con un "complemento de productividad". La "jornada ordinaria" de los bomberos del Concello Ourense incluye siempre y necesariamente la obligación de dedicar la noche completa en todos los días de trabajo efectivo. La nocturnidad es una característica intrínseca al puesto de trabajo, tal y como lo ha configurado el Concello de Ourense. Esa penosidad, que es permanente y obligatoria, no guarda relación con la mayor o menor diligencia o esfuerzo del funcionario, resulta ajena al concepto legal del "complemento de productividad". Complemento cuya finalidad es la de retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria, el interés o la iniciativa con que la persona funcionaria desempeñe su trabajo ( artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local). Tampoco encaja en los conceptos de "complemento de desempeño", ni de "gratificaciones extraordinarias" definidos en los artículos 137.2.c ) y 137.2.d) de la Ley 2/2015, de 29 de abril del Empleo Público de Galicia .>>. Y añade, respecto del "plus de festividad" que *<< Distinta conclusión se alcanza sin embargo respecto del "plus de festividad" reclamado por el demandante . Este concepto sí encuentra más fácil acomodo en el "complemento de productividad" en cuestión, considerándose que a lo largo del año la jornada de trabajo del actor se desarrolla mayoritariamente en días laborables, constituyendo los días festivos una minoría que permite calificarlos de "extraordinarios." >>.**

Sin embargo, la Sala de apelación considera que la estimación debía haber incluido tanto al "plus de nocturnidad" como al "plus de festividad", en los términos siguientes *<< Es evidente que, al formar parte las horas de actividad realizadas de noche y en días festivos del trabajo normal, ordinario y habitual del recurrente, no pueden considerarse las mismas como comprendidas en el complemento de productividad que tiene por objeto, conforme dispone el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública , retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo. Se trata-en suma, de una retribución objetiva a cuya percepción tiene derecho el trabajador por el mero hecho de desarrollar un determinado puesto de trabajo, por lo que su régimen jurídico debe ser el mismo que el de las retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. Tampoco el abono de tales pluses responde al concepto de gratificación o al de complemento de desempeño, por no tener los servicios retribuidos la condición de extraordinarios ni llevarse a cabo fuera de la jornada reglamentaria; se trata de servicios que forman parte de la jornada normal y habitual del demandante>>.*

### **SEGUNDO.-** *La identificación del interés casacional*

El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo acordado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 5 de julio de 2019, a la siguiente cuestión:

*<< si la cuantía que reciben ciertos funcionarios de la Administración local en concepto de plus de nocturnidad y plus de festividad puede incluirse, o no, dentro del concepto "complemento de productividad" y qué consecuencias jurídicas se derivan de ello en relación con su posible percepción durante el periodo vacacional>>.*

También se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública; el artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local; y el artículo 24 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.

**TERCERO.-** *El régimen retributivo de aplicación*

Antes de nada, conviene señalar que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tienen la misma estructura y cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública. Y las retribuciones complementarias, que ahora nos interesan, deben atenerse a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos, según establece el artículo 93 de la Ley de Bases de Régimen Local.

De modo que debemos detenernos en el régimen jurídico de las retribuciones que, con carácter general, se establecen para los funcionarios públicos. Así, distinguimos entre las retribuciones básicas, las retribuciones complementarias y las pagas extraordinarias ( artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), y como antes fue el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, prolongado su vigencia a tenor de la disposición derogatoria única con el alcance establecido en el apartado 2 de la disposición final cuarta, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico de 2015 citado).

Pues bien, las retribuciones básicas comprenden el sueldo y los trienios ( artículo 23 del citado TRLEBEP), y las complementarias, que son la que ahora importan, se establecen en cada Administración Pública siguiendo los factores que establece el artículo 24 del TRLEBEP, entre las que se encuentran, según el artículo 23 de la Ley 30/1984, el complemento de destino (correspondiente al nivel del puesto desempeñado), 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), el complemento de productividad (destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo), y 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).

Teniendo en cuenta, además, que el artículo 5.2 del Real Decreto 861/1986, por el que se establece el Régimen de Retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, establece que el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo.

**CUARTO.-** *El complemento de productividad y la gratificación*

Acorde con lo expuesto, y el marco jurídico que señalan los artículos 24 del TRLEBEP, y artículo 23 de la Ley 30/1984, resulta de especial relevancia, por tanto, determinar si estamos ante un complemento o ante una gratificación. Teniendo en cuenta que el primero retribuye, según el tipo, el especial rendimiento, la actividad extraordinaria con que se desempeña el trabajo, o atendiendo a las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Y la segunda, la gratificación, retribuye servicios extraordinarios, fuera de su jornada normal.

De modo que si el "plus de nocturnidad" y el "plus de festividad" lo que están retribuyendo son los servicios extraordinarios fuera de la jornada normal de dichos funcionarios de la Administración local, estaríamos ante una gratificación pues su abono no podría ser, por su propia naturaleza, de carácter periódico ni tener la misma cuantía, toda vez que se estarán remunerando los servicios de carácter extraordinario y ajenos a su jornada habitual, que se retribuyen sólo cuando se prestan.

Ahora bien, si lo que retribuyen los citados "pluses" son las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su peligrosidad o penosidad, o bien el especial rendimiento y la actividad extraordinaria con que se desempeña el trabajo habitual, en jornada normal, que necesariamente se presta habitualmente en días festivos y por la noche, estaríamos ante un complemento, ya sea específico o de productividad, que tendría su relevancia, en este caso, el primero, en relación con la retribución del mes de vacaciones.

No estamos, por tanto, ante una gratificación porque el "plus de nocturnidad" por el trabajo realizado por la noche forma parte de su jornada de trabajo habitual. Así es, la prestación de servicios se produce alternando un turno continuado de 24H con tres días de descanso. De modo que la nocturnidad forma parte de prestación del servicio en su jornada normal, no es un servicio extraordinario, ajeno a esa jornada habitual, que deba ser gratificado.

Otro tanto sucede con el "plus de festividad", pues forma parte de su jornada ordinaria realizar un mínimo de 48 horas en día festivo, es decir, 2 de las 7 u 8 jornadas al mes, ha de ser en festivo. En consecuencia, cuando se realiza la jornada en día festivo no se trata de un servicio extraordinario al margen de su jornada normal, sino que forma parte de la habitual y ordinaria prestación de servicios mensual.



En ambos casos, las retribuciones por dichos servicios prestados por la noche ("plus de nocturnidad") o en día festivo ("plus de festividad") no obedecen a una finalidad de gratificar por un servicio extraordinario ajeno a la jornada normal de trabajo y de carácter eventual. Al contrario, se trata de una característica del propio puesto de trabajo, de una retribución ordinaria por los servicios que se prestan regularmente.

En consecuencia, al no tener el carácter de gratificación sino de complemento, que retribuye las singulares condiciones del puesto de trabajo, el importe de los expresados pluses no pueden ser detraídos de la retribución durante el mes de vacaciones.

**QUINTO.**- La interpretación que realizamos resulta acorde con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en el artículo 7 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que se disponga de un período de vacaciones anuales retribuidas. Teniendo en cuenta que dicha Directiva es de aplicación "a todos los sectores de la actividad, privadas y públicas" (artículo 1.3).

Basta la cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2011 (asunto C-155/10) y de 22 de mayo de 2014 (asunto C-539/12), y de los principios que se infieren, aunque respecto de la prestación del trabajado en general, cuando se señala que <<En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador (...) y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 24). (...) Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08, EU:C:2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 2>>.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso de casación, pues los ahora controvertidos, "plus de nocturnidad" y "plus de festividad", no son gratificaciones sino que forma parte del expresado complemento, cuya retribución no puede ser detraída de la retribución del mes de vacaciones.

**SEXTO.**- *Las costas procesales*

De conformidad con el dispuesto en el artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Orense, contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de casación núm. 193/2018, que se interpuso contra la Sentencia de 12 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 1 de Orense, en el recurso contencioso administrativo núm. 158/2017. Respecto de las costas procesales ha de estarse a lo señalado en el último fundamento de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella D. José Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.