

LOPD



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
OVIEDO**

SENTENCIA: 00101/2013

N11600

LLAMAQUITE S/N, 1ª PLANTA

N.I.G: 33044 45 3 2012 000126U

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000228 /2012 /

Sobre: ADMINISTRACIÓN LOCAL

De D/Dª: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª: LOPD

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO GIJON

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª LOPD

SENTENCIA

En Oviedo, a dieciocho de abril de dos mil trece:

Vistos por el ILMO. SR. DON JUAN CARLOS GARCÍA LÓPEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Oviedo; los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por Procedimiento Abreviado N° 228/2012 instados por la Procuradora LOPD y asistencia letrada de LOPD, en nombre y representación de D. LOPD, siendo demandado el Ayuntamiento de Gijón, representado por el procurador LOPD y defendida por el letrado LOPD, sobre reclamación de complemento retributivo. La cuantía es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora LOPD en nombre y representación de LOPD, se presentó demanda el 28 de junio de 2012, en la que se impugnaba la resolución de fecha 20 de marzo de 2012 del Ayuntamiento de Gijón que desestima la solicitud formulada para percibir complemento de destino incrementado, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia estimando íntegramente el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Por resolución de la misma fecha, se acordó requerir a la parte recurrente a fin de que en el término de diez días subsanara el defecto de falta de postulación; requerimiento que fue cumplimentado en tiempo y forma. Por resolución de fecha 03-07-2012 se tuvo por admitida la demanda, acordando su tramitación conforme a lo dispuesto para el Procedimiento Abreviado, y recabando de la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



TERCERO.- En fecha 10 de abril de 2013, tuvo lugar la celebración de la vista que venía señalada, con la asistencia del letrado Sr. LOPD y la procuradora LOPD por la parte demandante y por la parte demandada el letrado LOPD y el procurador LOPD, ratificándose el recurrente en su escrito de demanda y oponiéndose la Administración demandada por las alegaciones que quedaron reflejadas en el acta que al efecto se levantó.

CUARTO.- En el recurso, objeto de esta sentencia, se han observado todas las prescripciones legales en vigor y demás derechos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso lo constituye la Resolución de fecha 20 de marzo de 2012 del Ayto. de Gijón que desestima la solicitud formulada para percibir complemento de destino correspondiente a su grado personal o al nivel del puesto que desempeñare incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor que la Ley de presupuestos del Principado de Asturias fije anualmente para puestos de Director general.

SEGUNDO.- Son antecedentes precisos para el conocimiento de la presente litis que el demandante es funcionario de carrera del Ayto. de Gijón perteneciente a la Escala de Admon. General, Subescala técnica, técnico de Administración general. Consta por la documentación aportada y de los propios hechos reseñados en los antecedentes de las resoluciones municipales (en concreto resolución de reingreso al servicio activo de 14-9-2011, doc. 14 de la dda.) que el interesado ocupó el puesto de Director del área de recursos humanos (Resolución de Alcaldía de 15 de junio de 2003) configurado primero como puesto eventual de confianza y luego como directivo a tenor de la reforma operada en la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de medidas para modernización del gobierno local permaneciendo en ese puesto de Director de recursos humanos desde 15-6-2003 hasta fecha 31 de octubre de 2006. Desde 1 de noviembre de 2006 y hasta 13 de septiembre de 2011, ocupó el puesto de Director general de servicios en la empresa municipal de medio ambiente urbano EMULSA, sociedad anónima esta que tiene como único socio con el 100% de capital al Ayto de Gijón y desempeñando dicho puesto por virtud de contrato de alta dirección y teniendo asignadas como funciones la de dirección de recursos humanos, atención al ciudadano, secretaría general de la empresa, asesoramiento legal y jurídico, gestión y coordinación de servicios así como la coparticipación de los sistemas de información y calidad (así obra en el Acta de sesión de Consejo de admon. de dicha empresa municipal de servicios).





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Tras su cese como director general en la citada empresa municipal Emulsa, solicita ante el Ayto. se le reconozca el derecho a la diferencia entre su grado personal o nivel de puesto que se asigne y el valor del complemento de destino que se fije anualmente a los puestos de Director general por la Ley de presupuestos del Principado de Asturias y, desestimada esta pretensión, se constituye así como objeto del presente recurso.

TERCERO.- Expuesto lo precedente se considera que la resolución de la presente litis pasa por determinar si los puestos ocupados por el actor tienen o no la consideración de "alto cargo" a estos efectos y, en caso afirmativo, si resultaría aplicable al personal funcionario municipal el complemento que reclama.

En cuanto a que el cargo/s ocupados por el actor tengan la consideración a estos efectos de "alto cargo" y, dado que se invoca para su aplicación lo así establecido en la normativa autonómica (art. 49.8 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, en la redacción vigente hasta el 30 de diciembre de 2012) nos encontramos con que en la Ley 4/1995 de 6 de abril de incompatibilidades, actividades y Bienes de los Altos cargos del Principado de Asturias se establece que tienen la consideración de alto cargo conforme al art. 2

"El personal eventual que, en virtud de nombramiento legal, ejerza funciones de carácter no permanente, expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial, en el Gabinete del Presidente del Principado, así como los Jefes de Gabinete de los Consejeros o equiparados a ellos.

-Los Presidentes, Goyentes, Directores y asimilados de las entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, dependientes del Principado de Asturias, así como los mismos cargos de las empresas públicas en que la Comunidad Autónoma participe directa o indirectamente de forma mayoritaria en el capital social cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Gobierno o por sus propios órganos de gobierno."

Por tanto, a estos efectos la circunstancia de haber tenido consideración como "personal eventual" no elimina su incardinación como "Alto cargo" y de igual modo, el ostentar la condición de Director y asimilado tanto en entidades de derecho público como en empresas públicas habilitaría igualmente a ostentar tal condición.

En la normativa local nos encontramos con que en el art. 130 LBRI, se dispone tengan la consideración de "órganos superiores y directivos" entre otros los "Directores generales u órganos asimilados que culminen la organización admva. dentro de cada de una de las grandes áreas o concejalías".

Por último es un dato igualmente a tener en cuenta que en nuestro Tribunal Superior de Justicia se consideró tuviera tal condición de "alto cargo" a persona que ostentó el puesto de Director económico Financiero en el Ayto. de Gijón (St. de 15 de mayo de 2009 apelación 116/09) y ello exponiendo su consideración de equivalente a la condición de Director general y estableciendo en este sentido que "En efecto, el Real decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, norma que aunque no estaba vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, si que sirve para interpretar la ley, estableco en su artículo 1.4 que para delimitar el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley 5/2006, se entienden por cargos asimilados aquellos puestos de trabajo que, conforme a la norma constitutiva de cada ente, por su forma de provisión, incardinación en la organización de esas entidades o por su responsabilidad desempeñen los puestos más relevantes en esas organizaciones.

El artículo 130 de la Ley 7/1985 establece como órgano directivo a los directores generales, y como ya dijimos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2008, este personal directivo no tiene que constar en la RPT, ni sus funciones o condiciones de trabajo han de ser objeto de negociación colectiva, que desempeñan funciones de asesoramiento y confianza, pudiendo ser nombrados sin necesidad de convocatoria pública y cesados libremente por la Junta de gobierno local, lo que es lógica consecuencia de su configuración como una suerte de altos cargos".

Trasladando lo precedentemente expuesto al caso que nos ocupa nos encontramos con que, sin tener que entrar a la consideración de si el puesto posteriormente ocupado de Director general en la empresa municipal EMULSA tuviera tal consideración de "Alto cargo", lo cierto es que el demandante ostentó la condición de Director de recursos humanos en el Ayto. de Gijón desde 15-3-2003 hasta 31-10-2006 y por tanto en tiempo superior a los 2 años exigidos legalmente y sin que el hecho de que el periodo inicial estuviera configurado como personal eventual de confianza desvirtúe tal consideración pues en la propia sentencia antes indicada se establecía que se trataba de puestos de asesoramiento y confianza que podían ser nombrados y cesados libremente, notas estas características precisamente del personal eventual. En este sentido el cambio habido en fecha 1-4-2005 no alteraba ni el contenido funcional ni material del puesto sino que no hacía sino acomodarse a lo establecido en la reforma habida por la Ley 5/2003 de 16 de diciembre de modernización de gobierno local y, a estos efectos de consideración de alto cargo, no se estime ofrezca cambios significativos que permitan atribuirle la condición de alto cargo solo desde dicha fecha y no antes. Por otro lado, y reconocido como ya se expuso en St. del TSJ de Asturias dicha condición a quien ostentó el puesto de Director económico financiero no se aportan elementos de juicio que nos lleven a no predicar esa misma condición a quien ostentaba la dirección de otro área, en este caso no la económico financiera sino la de recursos humanos.

CUARTO.- Despejada la primera cuestión, es decir, si se alcanzaba la consideración o no de "alto cargo", el siguiente extremo a resolver es si, en la tesis sostenida por el Ayto. , no pudiera ser de aplicación al ámbito local, las previsiones de obtención del referido complemento de alto cargo en cuanto a diferencias retributivas al no venir ello acomodado a lo establecido en el R.Dto. 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Funcionarios de Administración Local. Ciertamente puede ser sometido a varias interpretaciones el que pudiera o no resultar de aplicación al ámbito local tales previsiones pues el R.Dto. no las contempla expresamente si bien también puede sostenerse que en realidad no crea un complemento nuevo sino que reconoce el derecho a obtener una diferencia retributiva respecto a un complemento si previsto, el de destino. En todo caso, y lo que aquí es determinante, es que el propio Ayto. actúa contra sus propios actos cuando ahora niega a uno de sus funcionarios lo que pacíficamente ha venido reconociendo a otros de sus empleados municipales tal y como así se ha acreditado a través de la muy oportuna prueba solicitada en su momento por la actora, de modo que raya o sino invade totalmente la actuación de mala fe en negar la aplicación del referido complemento por entender inaplicable la normativa cuando se acredita sin embargo que cuando menos en otros dos casos, uno de ellos en el mismo año en que cursa su solicitud el actor, si reconoció sin óbice alguno la aplicabilidad al ámbito local la normativa que sin embargo ahora se dice inaplicable (Resolución de 12-8-2011 respecto del Sr. Uría de la Fuente). No puede por tanto atenderse a la argumentación expuesta por el Ayto. ya que , de acogerse, además de dar cabida a una palmaria actuación contra sus propios actos, se produciría una evidente situación discriminatoria por la admon. respecto de sus funcionarios negando a uno de ellos la aplicabilidad de una norma que sin embargo para los demás aplica y produciéndose entonces un vicio autónomo de trato desigual discriminatorio constitucionalmente prohibido y que lógicamente no puede ser amparado.

De conformidad a lo expuesto procede se dé lugar al acogimiento del recurso reconociendo al actor el derecho a obtener como diferencia retributiva generada el importe correspondiente a la diferencia entre el complemento de destino efectivamente abonado y el previsto en las Leyes de presupuestos del Principado de Asturias anualmente para los puestos de Director General y ello por el periodo desde su reingreso 14-9-2011 hasta 31-12-2012 y estableciéndose como día final tal momento pues lo cierto es que el derecho a obtener tal diferencia retributiva que derivaba de lo así previsto en el art. 49.8 Lcy 3/1985 ha quedado suprimido con efectos 1-1-2013 a raíz de la Ley autonómica 4/2012 de 28 de diciembre de medidas urgentes en materia de personal, tributaria y presupuestaria conforme así se desprende del art. 3 y, por tanto, el derecho reconocido se estima debe extenderse a dicho periodo pues la normativa aplicable que así lo permitiría ha sido dejada sin efecto y el art. 33.2 de la Ley estatal 31/1990 de 27 de diciembre , normativa estatal a la que pudiera acudir, fue considerada como normativa no básica en la St TC Pleno, Sentencia 202/2003 de 17 Nov. 2003, rec. 4783/1999.

No podemos establecer directamente el importe de 4778,96 euros que en tal sentido en cuanto a diferencia retributiva se ha solicitado por el actor conforme al cálculo aportado en el acto de la vista pues se carecen de los datos precisos para así poder determinarlo y declarar si el mismo es correcto o no. En todo caso, de surgir discrepancia en cuanto al efectivo importe a abonar se resolverá tal cuestión en ejecución de sentencia.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

QUINTO.- No proceda imposición de costas conforme al art. 139 LJCA toda vez que el recurso es estimado en parte.

FALLO

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por LOPD contra Resolución de fecha 20 de marzo de 2012 del Ayto. de Gijón que desestima la solicitud formulada declarando la disconformidad a derecho y anulación del acto admto. impugnado y condenando al Ayto. de Gijón abone al demandante la diferencia entre el complemento de destino efectivamente abonado y el previsto en las Leyes de presupuestos del Principado de Asturias anualmente para los puestos de Director General y ello por el periodo desde su reingreso 14-9-2011 hasta 31-12-2012.

Sin imposición de las costas devengadas a ninguna de las partes litigantes

Contra esta resolución cabe recurso de apelación en el término de los 15 días siguientes al de su notificación. Una vez sea firme procédase a la devolución del expediente administrativo al órgano de procedencia, con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PRINCIPADO DE
ASTURIAS