



**JDO. DE LO SOCIAL N. 4
GIJÓN**

DEMANDA: 464/12
SENTENCIA: 00169/2013

En Gijón, a seis de mayo de 2013.

DÑA. FRANCISCA SABATER DíEZ DE TEJADA, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Social número 4 de los de Gijón, ha visto los presentes autos, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º 464/2012, sobre derecho y cantidad instada por **Dña.**^{LOPD} representado por el Letrado D.^{LOPD} frente a **FUNDACIÓN MUNICIPAL DE SERVICIOS SOCIALES DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN** asistida del Letrado D.^{LOPD} teniendo en consideración los siguientes:

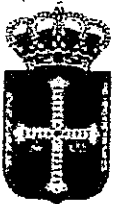
ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 26 de junio de 2012 el arriba mencionado presentó demanda reclamando las cantidades que se desglosaban. La vista tuvo lugar el día 28 de febrero de 2013, compareciendo las partes, con el resultado obrante en autos. Se propuso prueba documental, declarándose pertinente y practicándose seguidamente.

Se presentó por la parte actora sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Contencioso de fecha 12 de marzo de 2013, dándosele el trámite previsto en el artículo 271 de la LEC.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante ha ocupado en la Empresa Municipal de la Vivienda de Gijón S.L., entidad pública empresarial local dependiente del Ayuntamiento de Gijón, el cargo de Directora Gerente, ininterrumpidamente desde el 1 febrero de 2003 hasta el 1 de agosto de 2011, en virtud de contrato de alta dirección por el que percibía una retribución anual por todos los conceptos equivalente al Nivel 13 de DEMOS actual nivel 24 del Convenio de Fundaciones y Patronatos Municipales, que se corresponde con los puestos de jefes de división o de secretarías técnicas en las fundaciones municipales, puestos a los que se encuentra equiparada.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



SEGUNDO.- La Empresa Municipal de la Vivienda de Gijón S.L. tiene como Junta General al pleno de la Corporación, disponiendo sus estatutos:

Artículo 1

Con la denominación de "Empresa Municipal de la Vivienda de Gijón S.L." se constituye una sociedad de Responsabilidad Limitada, que se regirá por los presentes Estatutos y, en lo no previsto en los mismos, por la legislación de Sociedades de Responsabilidad Limitada y demás disposiciones que le sean aplicables.

Artículo 2

Constituye el objeto social de la sociedad promocionar el acceso a la vivienda a los gijoneses mediante la actuación en los siguientes ámbitos:

- Gestión y administración de viviendas propias, o municipales con destino a fines sociales.
- Adquisición, transmisión y todo tipo de operaciones jurídicas de todos sus bienes inmuebles de carácter patrimonial.
- Desarrollar la labor que corresponde a la Administración Municipal en el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública y la firma y gestión de los convenios que se suscriban con los organismos e instituciones con competencia en materia de viviendas de carácter social.
- Promoción y construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección, locales, y aparcamientos, para su venta y/o alquiler.
- Prestación de servicios de información ciudadana relativa a las ayudas públicas existentes para el acceso a cualquier tipo de vivienda.
- Arrendamiento de viviendas.
- Impulsar acciones incentivadoras de la vivienda social.
- Elaborar y gestionar Programas de ayudas para facilitar el acceso a la vivienda, priorizando a los colectivos más desprotegidos.
- Elaboración de listado de solicitantes de viviendas, y estudio social de sus necesidades.
- Intermediación en el mercado de vivienda.

Artículo 11

Toda Junta que no sea la prevista en el artículo anterior tendrá carácter extraordinario. Las Juntas Generales extraordinarias se reunirán cuantas veces se estime conveniente para los intereses de la Sociedad.





Artículo 12

La Junta General tiene las siguientes facultades:

- a) El nombramiento del Consejo de Administración.
- b) La modificación de los Estatutos Sociales.
- c) El aumento o la reducción del capital social.
- d) La aprobación de las Cuentas Anuales y, en su caso, el Informe de Gestión y la aplicación del resultado.
- e) Cualquiera otros acuerdos que expresamente reserven la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o los presentes Estatutos a la competencia de la misma.

Artículo 13

El funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a lo dispuesto en la legislación vigente.

TERCERO.- Desde la fecha de su cese en la citada entidad, se ha producido su reincorporación como personal laboral a la fundación municipal de servicios sociales con la categoría de jefe del departamento económico sin que se le haya abonado la cuantía correspondiente a su grado personal incrementada en la cantidad necesaria para equipararla a la prevista para el cargo de Director General de la Administración del principado de Asturias.

CUARTO.- Presentó reclamación previa, desestimada por silencio administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se centra el debate en la aplicación a la actora del lo previsto en el artículo 33.2 de la ley 31/1990 de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado cuando dice *"Los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos,*





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantengan en esta situación el complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado".

Del mismo modo el artículo 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 introducida por la Ley Asturiana 2/1996 de 25 de junio de Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 1996, preveía hasta el 30 de diciembre de 2012, como luego veremos, lo siguiente: *" los funcionarios de carrera de la Administración del principado de Asturias que desempeñen puestos de trabajo calificados de altos cargos con categoría igual o superior a Directos Regional, continuaran consolidando el grado personal hasta alcanzar el correspondiente nivel treinta, con los plazos y requisitos que se señalan en el apartado 2 del presente artículos, adoptándose tal regla " con efectos el 2 de enero de 1996".*

Cuestiona la demandada en primer lugar la condición de alto cargo de la actora. El artículo 130.1 b de la ley de bases de régimen local estipula:

"2. Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b).

Por su parte el artículo 85 bis de la citada norma dispone:

1. La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

a) Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



b) El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el título X, tendrá la consideración de órgano directivo.

e) En los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.

d) En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

e) La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.

f) Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.

g) Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local.

h) Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla.

i) Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos.

j) Cualquier otra referencia a órganos estatales efectuada en la Ley 6/1997, de 14 de abril, y demás normativa estatal aplicable, se entenderá realizada a los órganos competentes de la entidad local.

Las referencias efectuadas en el presente artículo a la Junta de Gobierno, se entenderán efectuadas al Pleno en los municipios en que no exista aquélla.





2. Los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales comprenderán los siguientes extremos:

- a) La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
- b) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.
- c) En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.
- d) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.
- e) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- f) El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de esta ley.

3. Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente

Pues bien, dicho lo anterior, no cabe duda que la entidad Empresa Municipal de la Vivienda de Gijón S.L. tiene la condición de una entidad pública empresarial, pues reúne las características descritas en la norma, como puede observarse a la vista de los Estatutos transcritos en la declaración de hechos probados. Así, desarrolla una actividad competencia del Ayuntamiento, la Junta se constituye por el Pleno y en fin, los estatutos se aprueban por esta, entre otras características.

No parece discutir la entidad pública que el puesto desempeñado por la actora tenga la cualidad de alto cargo, no obstante conviene recordar aquí lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias Sala de los Contencioso Administrativo en Sentencia de 15 de mayo de 2012, en relación al reconocimiento de alto cargo a un profesor titular universitario que había desempeñado un alto cargo de Director económico financiero precisamente en el Ayuntamiento de Gijón decía: " El artículo 130 de la ley 7/1985 establece como órganos 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 el RPT ni sus funciones ni 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". Ello significa que el Tribunal Superior de Justicia ha establecido una equiparación entre estos puestos o cargos directivos de la estructura municipal con el de alto cargo a efectos de aplicación del complemento retributivo controvertido.

SEGUNDO.- Alega la demandada que en este supuesto no habría un equivalente nivel contributivo. Pues bien, resuelve esta cuestión el Tribunal Superior de Justicia entre otras en la reciente sentencia aportada de fecha 11 de marzo de 2013, cuyos argumentos se dan aquí por reproducidos y asumidos. Lo cierto es que el denominado equivalente nivel retributivo resulta irrelevante en este supuesto ya que la legislación estatal y autonómica con la confirmación del Tribunal Constitucional (recordemos que tuvo oportunidad de pronunciarse en recursos de inconstitucionalidad sobre la norma estatal considerando el "privilegio" del complemento de alto cargo como constitucionalmente lícito; Sentencia de 3 de febrero 2000, entre otras) y en lo que nos interesa, de nuestro Tribunal Superior de Justicia, se aplica a los funcionarios de carrera de la Administración del Principado de Asturias que desempeñen puestos de trabajo cualificados de Altos Cargos con categoría igual o superior a Director General, sin más requisitos, sin mención alguna a niveles retributivos. Ello supone que reuniendo los requisitos exigidos, la actora tiene derecho a percibir ese beneficio, debiendo por ende declararlo.

Ahora bien, con fecha 29 de diciembre de 2012 se publicó en el BOPA la Ley del Principado de Asturias 4/2012 de 28 de diciembre de medidas urgentes en materia de personal, tributaria y presupuestaria. En su artículo 3 estableció la supresión del incremento retributivo para funcionarios ex altos cargos. Dicha norma entró en vigor al día siguiente de su publicación lo que supone que el reconocimiento del derecho de la actora debe efectuarse hasta el 30 de diciembre.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada Dña. ^{LOPD}
representado por el Letrado D. ^{LOPD} frente a FUNDACIÓN



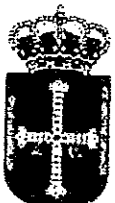
MUNICIPAL DE SERVICIOS SOCIALES DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN declaro el derecho de la actora a percibir el complemento de destino correspondiente a su puesto de trabajo incrementado en la cantidad necesaria para equipararlo a que anualmente prevea la ley de presupuestos del Principado para un Director General de dicha administración desde su reincorporación al puesto de trabajo y hasta el 30 de diciembre de 2012.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

Frente a dicha resolución cabe interponer recurso de suplicación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito presentado en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 euros en la cuenta abierta en BANESTO a nombre de esta Oficina Judicial con el núm. 2768/0000/65/0464/12, debiendo indicar en el campo concepto "recurso" seguido del código "34 Social Suplicación", acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como: en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, deberá consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario a primer requerimiento indefinido por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a esta Oficina Judicial con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

DILIGENCIA.- En Gijón a 13 de mayo de dos mil trece, se procede a dar cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 266 de la LOPJ y 212 de la LEC. Doy fe.