



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00312/2016

PONENTE: D. JULIO CESAR DIAZ CASALES

RECURSO: RECURSO DE APELACION 309/2015.

APELANTE: BENITO MARTINEZ MUINELO.

APELADA: CONCELLO DE LUGO.

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A CORUÑA, once de mayo de dos mil dieciseis.

En el RECURSO DE APELACION 309/2015, pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. BENITO MARTINEZ MUINELO, representado por la Procuradora D^{ÑA}. MARIA ANGELES FERNANDEZ RODRIGUEZ y dirigido por el Letrado D. JESUS FOUZ HERNANDEZ, contra la SENTENCIA 17/2015 de fecha 5/02/2015, dictada en el Procedimiento Abreviado 79/2014 por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. 2 DE LUGO, sobre ATRIBUCION TEMPORAL DE FUNCIONES. Es parte apelada y adherida, CONCELLO DE LUGO, representado y dirigido por el LETRADO ASESOR DEL AYUNTAMIENTO DE LUGO.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JULIO CESAR DIAZ CASALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que con rexeitamento do presente recurso contencioso-administrativo PA n^o. 79/2014 interposto contra a resolución do Concello de Lugo de data 16/01/2014, que rexeita en reposición o recurso formulado contra o Decreto de 30/08/2013, polo que se encomendaban determinadas función a un empregado público do Concello de Lugo, debo declarar e declaro a conformidade a dereito da resolución obxeto de recurso que, en consecuencia, confirmo".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que

obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Recurso de apelación del sindicato recurrente.

Por el representante del Sindicato CSIF, BENITO MARTÍNEZ MUINELO, se interpuso el presente recurso de apelación contra la Sentencia 15/2015 de 5 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Lugo, por la que se desestimó el recurso contra el Decreto del Alcalde del Concello de Lugo de 16 de enero de 2014 por el que, a su vez, se desestimó el recurso contra el Decreto de 30 de agosto de 2013 -así se dice en la sentencia, si bien del expediente resulta que su fecha es de 18/10/2013- por la que encomendaron determinadas funciones a un empleado público.

El apelante después de referir la condición de D. Julio González Morandeira como personal laboral indefinido del Concello y que en su condición de psicólogo sus funciones vienen determinadas en la RPT, en tanto que el Decreto le encomienda "*La gestión de los mercados municipales, la tramitación administrativa de las quejas, sugerencias y reclamación de los ciudadanos, así como la dinamización e innovación de las nuevas tecnologías*", fundamenta la procedencia del recurso en que en se prescindió de la convocatoria de la mesa de negociación que entiende que sería exigible con arreglo al Art. 37.1 letra m) del EBEP por entender que las funciones atribuidas ahora al interesado las venían desarrollando otros funcionarios o laborales adscritos a distintos servicios (lonjas y mercados, atención ciudadana, etc...) por lo que habría de modificarse las retribuciones y la RPT, sin que el precepto exija que se trate de una planificación que afecte a todo el personal.

En segundo lugar denuncia que en sede judicial se valida la apariencia de motivación que se contiene en el acuerdo recurrido a la hora de motivar la resolución impugnada conforme al Art. 66 del Real Decreto 364/1995. Por otra parte en cuanto al ejercicio de autoridad advierte que se dejó de valorar el informe de la Jefatura de Personal en la que se señala que en las dependencias de Plazas y Mercados prestan servicio 4 funcionarios de carrera y que emite informe sobre vacaciones, necesidades de provisión, estadísticas, horas extraordinarias, asignaciones de productividad.

En atención a lo expuesto termina interesando que se dicte sentencia por la que revoque la sentencia de instancia y se anule la resolución recurrida en los términos expresados en la demanda rectora.

TERCERO.- Adhesión a la apelación por el Concello de Lugo y oposición al recurso formulado de contrario.



El Concello de Lugo insiste en su adhesión que el recurso debió ser inadmitido porque el recurso de reposición fue interpuesto extemporáneamente, al transcurrir más de un mes, como se admite en la sentencia, advirtiéndose que la demanda fue presentada por el Sindicato CSIF y que a la misma se le notificó el Decreto en el seno del Comité de Empresa el día 29/10/2013 y el recurso de reposición no lo presentó hasta el 12/12/2013 (folios 8 y 11 del expediente) y como se trata de un acto que reconoce derechos a un tercero (Sr. Morandeira) no cabe aplicar la jurisprudencia citada por la sentencia ya que no cabe la revocación de actos de contenido favorable y si la administración entró a resolver en el fondo el recurso fue porque no reparó en la circunstancia de que se había interpuesto fuera de plazo.

En cuanto al recurso formulado por el recurrente señala que la resolución impugnada no crea una plaza, no se trata de una planificación estratégica de los recursos humanos, se trata únicamente de una decisión organizativa.

Finalmente advierte que al recurrente le corresponde la carga de probar que la atribución temporal de funciones comprenden el ejercicio de autoridad y que el Decreto de 2003 no puede ser objeto del presente recurso, ya que en relación con el mismo la extemporaneidad resulta más que evidente.

CUARTO.- Examen de la causa de inadmisibilidad por supuesta extemporaneidad del recurso de reposición.

Procede el estudio de esta cuestión con carácter previo, ya que la eventualidad de su estimación nos revelaría de examinar los motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente.

Del contenido del expediente resultan los siguientes antecedentes que devienen relevantes:

1.- Por Decreto del Alcalde de Lugo de 18 de octubre de 2013 se le atribuyeron las funciones de gestión de los mercados municipales, la tramitación administrativa de las quejas, sugerencias y reclamación de los ciudadanos, así como la dinamización e innovación de las nuevas tecnologías a D. Julio González Morandeira, dejando sin efecto un anterior Decreto de 2003.

2.- El referido Decreto fue notificado al Comité de Empresa del Ayuntamiento de Lugo el día 29 de octubre (folio 8 vuelto).

3.- El día 12 de diciembre de 2013 BENITO MARTÍNEZ MUINELO, como funcionario de Policía Local, en su calidad de Secretario de la Sección Sindical del CSIF, presentó recurso de reposición contra el referido Decreto. (folio 11).

4.- El anterior recurso fue desestimado por el Decreto de 16 de enero de 2014 (folio 12).

5.- Por el representante de CCOO se interpuso reclamación previa a la jurisdicción social (folio 15) que fue desestimado por otro Decreto de 16 de enero de 2014 (folio 16).

El presente recurso se sigue, exclusivamente, en relación con el Decreto de 16 de enero que desestimó el recurso de reposición formulado por el CSIF (mencionado en el numeral 4 anterior). Pues bien, teniendo en cuenta los anteriores antecedentes resulta evidente que el recurso de reposición fue presentado fuera de plazo, ya que entre la notificación el 29 de octubre y la presentación el 12 de diciembre medió más del mes que como plazo establece el Art. 117.1 de la LPAC., no obstante la administración local no se percató de esa causa de inadmisibilidad y resolvió el recurso en cuanto al fondo de las cuestiones discutidas.

Por el T.C. en la St. 131/2007, de 4 de junio, en las que se examinó la extemporaneidad del recurso en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española y terminó indicando que:

"... El hecho de que el recurso se interponga (como en el presente caso el recurso de reposición) un día después de haber transcurrido el plazo, nada afecta a lo señalado, pues como refería la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992, por mucha que sea la proximidad de la presentación del recurso a la fecha final de periodo hábil, tan extemporánea resulta la diferencia por un solo día como por un tiempo superior, porque el efecto preclusivo o es automático, una vez finalizado el plazo previsto por la Ley, o habría que prolongarlo con arreglo a los criterios subjetivos que la Ley ni consiente ni regula, dando lugar entre las numerosas contraindicaciones posibles al quebrantamiento del principio de seguridad jurídica de rango igualmente constitucional..."

No obstante, como en el presente caso el Ayuntamiento demandado resolvió en el fondo la cuestión suscitada en el recurso de reposición pese a su presentación extemporánea y en estos casos la jurisprudencia del T.S. tiene declarado que la administración, al no apreciar esta causa de inadmisión del recurso de reposición, convalida la extemporaneidad del recurso, se impone desestimar el recurso del Ayuntamiento. Así lo señaló entre otras en la St. de 26 de octubre de 2011 (Recurso de casación para unificación de doctrina 103/2010) en la que señala:

"...Arguye hay identidad en cuanto a los hechos y fundamentos de derecho respecto a la sentencia de 16 de noviembre de 1998 en el recurso 953/1994 que expresa en su FJ 3º "La actuación de la Administración, al desestimar el recurso de reposición extemporáneamente interpuesto en cuanto al fondo, constituye un acto propio, que no cabe ignorar en sede jurisdiccional, según doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de esta Sala, de fechas 22 de febrero de 1985 , 19 de abril de 1985 , 9 de marzo de 1987 , 9 de octubre de 1987 , 26 de julio de 1988 , 5



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

de abril de 1989 , 4 de marzo de 1992 , 18 de enero y 29 de mayo de 1993 , 23 de mayo de 1994 , 10 de abril de 1995 , 4 de julio de 1995 , 3 de junio de 1996 , 6 de noviembre de 1997 y 20 de octubre de 1998 , de manera que la Administración, al resolver el recurso de reposición en el fondo, convalidó la posible presentación extemporánea del mismo a efectos de considerar cumplido tal requisito de procedibilidad, pues la interposición, una vez transcurrido el plazo de un mes, del recurso de reposición no constituye un acto del recurrente demostrativo de que hubiese consentido el acto de la Administración, que por ello habría devenido firme, según la doctrina recogida en las Sentencias de esta Sala citadas por la Administración recurrida al oponerse al presente recurso de casación (21 de octubre de 1981 , 23 de marzo de 1983 y 28 de noviembre de 1989), sino que, antes bien, como así lo consideró en la vía previa la Administración, se impugnó fuera de plazo la decisión administrativa denegatoria de la indemnización pedida por responsabilidad patrimonial, cuya interposición extemporánea del recurso de reposición no fue, como hemos dicho, esgrimida por aquélla como causa de inadmisión de este recurso sino que, entrando a resolver el fondo de la cuestión planteada, la desestimó por entender que las pruebas documentales aportadas no desvirtuaban las razones que determinaron la inicial desestimación de la reclamación, por lo que estamos ante un supuesto en el que es aplicable la doctrina jurisprudencial invocada como base de este motivo de casación y no la citada al oponerse al mismo, lo que obliga a estimarlo y a reponer las actuaciones al momento procesal en que la Sala de instancia acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo para que continúe su tramitación hasta dictarse sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada".

Pues bien, aplicando al presente caso la anterior doctrina es evidente que procede desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Lugo.

QUINTO.- De la falta de negociación para la atribución de funciones y de la ausencia de la condición de funcionario público del empleado que asume la encomienda de funciones.

El sindicato recurrente reitera en el recurso que el Decreto recurrido debió ser objeto de negociación, por entender que afecta a las condiciones de trabajo tanto de los funcionarios que con anterioridad tenían encomendadas como la de aquellos que aspiraban a desenvolverlas.

De conformidad con lo que dispone el Art. 37 letra m) de la Ley 7/2007 del EBEP deben ser objeto de negociación "...los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos en aquellos aspectos que afecten a las condiciones de trabajo de los empleados públicos..."

En el presente caso es evidente que no estamos en presencia de criterios de planificación estratégica de

recursos humanos sino de una atribución de funciones a un empleado público que es el típico caso de ejercicio de la potestad de organización. Es cierto que podría llegar a incidir en las funciones que otro u otros empleados públicos vinieran desarrollando hasta esa fecha o incluso en las que podrían legítimamente aspirar a desenvolver, pero ni una ni otra consideración supone, en modo alguno, una modificación de las condiciones de trabajo de éstos, sin perjuicio de que las mismas, de persistir temporalmente, debieran tener su reflejo en la Relación de Puestos de Trabajo que, en su caso, sí debieran ser objeto de negociación (St. del T.S. de 23 de febrero de 2015, reiterada posteriormente en otras Sentencias, la última de 16 de diciembre de 2015 recaída en el Recurso 1245/2014, en todas ellas con los votos particulares de 2 magistrados).

Por lo que se refiere al segundo aspecto del recurso, con arreglo al cual las funciones encomendadas al D. Julio González Morandeira no podría desenvolverlas por carecer de la condición de funcionario público, al tratarse de personal laboral, hemos de comenzar por recordar las disposiciones normativas referentes a tal cuestión.

Comenzando por la regulación básica contenida en la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local.

Artículo 92. Funcionarios al servicio de la Administración local

1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del art. 149.1.18ª de la Constitución.

2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

El Art. 9 de la Ley 7/2007 por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 9. FUNCIONARIOS DE CARRERA



1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.



2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

Artículo 169 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

1. Corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General.

Pues bien, teniendo en cuenta los anteriores preceptos hemos de concluir que no cabe encomendar a una persona con vínculo laboral el desempeño de las funciones relativas a la gestión de los mercados municipales, tanto porque participa del ejercicio de una potestad municipal cual es la ordenación de los mismos y afecta los derechos de terceros. Lo mismo ocurre con la tramitación administrativas de quejas, sugerencias y reclamaciones porque en ellas está implícita las tareas burocráticas que demandan la presencia de un funcionario público en los términos en los que se expresa el Art. 169 del Real Decreto 781/1986 anteriormente referido, mayores dudas plantea la dinamización e innovación de las nuevas tecnologías, porque es cierto que tales funciones pueden estar encomendados a personas que tengan una especial habilitación en estas materias que podrían ser desempeñados por personal laboral, por lo que en este aspecto el recurso del sindicato sí merece ser estimado, porque el hecho de que a la persona a la que se encomiendan estas funciones no tenga atribuida la facultad de decisión no excluye el carácter eminentemente burocrático de las funciones atribuidas.

Finalmente por lo que se refiere a la aplicabilidad de las previsiones del Art. 66 del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado al personal laboral, que dispone:

"...1. En casos excepcionales, los Subsecretarios de los Departamentos ministeriales podrán atribuir a los

funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas.

2. En tal supuesto continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso...".

Hemos de advertir que dicha disposición circunscribe su aplicabilidad a la atribución de funciones a quienes ostenten la condición de funcionarios públicos, condición de la que como venimos repitiendo carece la persona a la que se le encomendaron las funciones y, en todo caso, tratándose de personal laboral con arreglo a lo que dispone el Art. 83 del EBEP la provisión de puestos y la movilidad de este personal se hará con arreglo a lo que dispongan los convenios colectivos y, en su defecto, por el sistema de provisión y movilidad establecido para los funcionarios de carrera, siendo ésta una cuestión ajena al presente recurso.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, en el presente caso no procede su imposición a ninguna de las partes, en atención a que se revocó la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Concello de Lugo contra aquélla la Sentencia 17/2015 de 5 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Lugo por la que se desestimó el recurso contra el Decreto del Alcalde del Concello de Lugo de 16 de enero de 2014, **CONFIRMANDO LA MISMA**, en cuanto a la desestimación de la causa de inadmisión por extemporaneidad del recurso de reposición.

Por el contrario , que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte** el recurso de apelación interpuesto por MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, actuando en nombre y representación del Sindicato CSIF en el Excmo Ayuntamiento de Lugo, contra aquélla sentencia, **REVOCANDO LA MISMA**, en el sentido de estimar la demanda y **ANULAMOS** la resolución recurrida, esto es el Decreto del Alcalde del Concello de Lugo de 16 de enero de 2014 por el que se desestimó el recurso contra el Decreto por las que se encomendaron a D. Julio González Morandeira las funciones de "La gestión de los mercados municipales, la tramitación administrativa de las quejas, sugerencias y reclamación de los ciudadanos, así como



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

la *dinamización e innovación de las nuevas tecnologías*" por resultar contrario al ordenamiento jurídico por carecer el empleado público de la condición de funcionario.

No procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

La presente resolución es definitiva al no haber contra ella recurso ordinario alguno.

Notifíquese la presente resolución a las partes, remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia y archívese el presente rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.

La presente sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio César Díaz Casales, al estar celebrando audiencia pública la Sección 1ª del TSJ de Galicia en el día de su fecha, lo que yo Secretario certifico.