

# SENTENCIA nº 115/15

- Procurador de los Tribunales -

**NOTIFICADO: miércoles, 3 de junio de 2.015**

En Oviedo, a 22 de mayo de 2015.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. Jorge Fernández Punset**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo, los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por **Procedimiento Abreviado nº 239/14**, sobre **Personal**, instados por el procurador D. \_\_\_\_\_ en nombre y representación de **D. \_\_\_\_\_**, asistido del letrado D. \_\_\_\_\_.

Es demandado el **Ayuntamiento de Oviedo**, representado por el procurador D. \_\_\_\_\_, asistido de la letrada D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de la parte actora se presentó recurso contencioso administrativo en el Juzgado Decano de esta ciudad, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al nº 5 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 26 de junio de 2014.

**SEGUNDO.-** Subsanao el defecto procesal advertido en el plazo otorgado al efecto, se admitió el recurso y se dio traslado a la parte demandada. Una vez tramitado en legal forma, y recibido el correspondiente expediente administrativo, se celebró la vista. La parte recurrente se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, oponiéndose la parte demandada a las pretensiones solicitadas. Practicada la prueba propuesta por las partes, con el resultado que obra en autos, hicieron conclusiones, insistiendo en sus pretensiones.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales salvo los plazos procesales por concurrir con procedimientos preferentes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demanda rectora de autos se interpone “contra la Resolución de 26 de junio de 2014 dictada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de Alcaldía nº 9035714 sobre nombramiento de personal eventual y la Resolución de Alcaldía 2014/9035 de 7 de mayo de 2014 por la que se realiza el nombramiento de una persona para el puesto de reciente creación de Promotor de Programas y Actividades en Cultura, Juventud, Ocio y Tiempo Libre, como personal eventual”. El actor interesa que se dicte sentencia por la que, estimando este recurso contencioso-administrativo, se acuerde declarar la nulidad de pleno derecho, y subsidiariamente la anulabilidad, de la citada Resolución de 26 de junio de 2014 y de todas las actuaciones desde la Propuesta de Alcaldía del pasado 16 de abril de 2014.

Fundamentalmente el actor articula sus motivos de impugnación en la imposibilidad legal de que la Junta de Gobierno cree nuevas plazas de personal eventual, , la ausencia de motivación y determinación de tareas del puesto “Promotor de Programas y Actividades en Cultura, Juventud, Ocio y Tiempo Libre” la falta de consignación presupuestaria y en que no ha habido negociación con los sindicatos, como supuestos de nulidad radical de pleno derecho del artículo 62.1e) de la ley 30/92, sobre los que no cabría la convalidación prevista en el artículo 67 para los actos anulables.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar a resolver sobre las cuestiones de fondo conviene perfilar el contenido de la pretensión del actor ya que dirige su demanda específicamente contra la Resolución de Alcaldía 2014/9035 de 7 de mayo de 2014 por la que se realiza el nombramiento de una persona para el puesto de reciente creación de Promotor de Programas y Actividades en Cultura, Juventud, Ocio y Tiempo Libre, pero interesa también la nulidad de pleno derecho, y subsidiariamente la anulabilidad, de esta Resolución y de todas las actuaciones desde la Propuesta de Alcaldía del pasado 16 de abril de 2014. En realidad, la imprecisión jurídica de la redacción del suplico no debe ocultar que se está en presencia de dos actos administrativos diferentes, el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de abril de 2014 que crea el puesto y la Resolución de Alcaldía 2014/9035 de 7 de mayo de 2014 por la que se realiza el nombramiento de una persona para ocuparlo y que, si bien se menciona expresamente ésta como acto objeto del recurso, al pedir la anulación de las actuaciones desde la propuesta de la Alcaldía se debe considerar que se está impugnando también el Acuerdo de la Junta de Gobierno.

En todo caso, la redacción del suplico también adolece de imprecisión cuando se pide la anulación “de todas las actuaciones desde la Propuesta de Alcaldía del pasado 16 de abril de 2014” puesto que no se sabe si se quieren anular los actos dictados tras la Propuesta o todos ellos incluyendo esta última. De cualquier forma, no cabría la admisión del recurso contra dicha Propuesta al ser un acto iniciador del expediente, ni contra los demás actos de mero trámite, ya que es de aplicación el art. 25.1 de la LJCA, precepto que prevé que el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el

procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, circunstancias estas últimas que no se dan en el presente caso.

**TERCERO.-** En relación con el primer motivo contenido en el recurso, la administración demandada rechaza la pretensión actora y argumenta que la Junta de Gobierno puede crear nuevos puestos de personal eventual pues el art. 104 de la LRBRL cede en su aplicación ante el 127.1 h) de la misma norma legal, al tratarse Oviedo de un municipio de gran población. Señala la representación del ente local que aprobar el número y régimen del personal eventual corresponde a la Junta de Gobierno, con el límite puesto por el art. 104 bis) de la LRBRL, incorporado por Ley 27/2013 de 27 de diciembre, que impide que el número de puestos de trabajo de personal eventual exceda del número de concejales de la Corporación local. Comoquiera que en el caso del Ayuntamiento de Oviedo son 27, no se superaría esa barrera, atendiendo a la última relación publicada en el BOPA de 22-10-2014 a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 104 bis) 5 de la LRBRL.

El art. 104 bis f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local señala que los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 75.000 y no superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la Corporación local. A su vez, el art. 127.1 h) del citado texto legal dice que corresponde a la Junta de Gobierno la potestad de determinar el número y régimen del personal eventual. Es, por tanto, este órgano el que ostenta la atribución, no delegable conforme al art. 127.2 de la LRBRL. Tal y como precisa la Disposición Adicional undécima de la LRBRL las disposiciones contenidas en el título X para los municipios de gran población prevalecerán respecto de las demás normas de igual o inferior rango en lo que se opongan, contradigan o resulten incompatibles. Por consiguiente, la regla general establecida en el art. 104 se posterga en beneficio del art. 127 h) en los municipios de gran población y, en este sentido, el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de abril de 2014 no es contrario a derecho.

**CUARTO.-** Sobre la motivación de la creación del puesto y de las tareas a desempeñar, el Ayuntamiento de Oviedo se remite a la propuesta de Alcaldía de 16.4.14. Sostiene que el puesto se crea para ejercer funciones de confianza y asesoramiento especial a los órganos de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo en materia de nuevos proyectos orientados a disciplinas y colectivos no suficientemente atendidos por el Ayuntamiento en la actualidad, especialmente en el ámbito cultural y en otros vinculados a la juventud, el ocio y la ocupación del tiempo libre. Para la administración local “se trata de un puesto que encaja en la definición de los artículos 8.1 d) y 12 del EBEP con la finalidad de realizar funciones de confianza y asesoramiento especial al Alcalde en las materias referidas a los efectos de promover nuevos proyectos culturales; si bien el asesoramiento es una distinción clara del personal eventual, también es relevante la confianza, fundamentos ambos de los puestos de trabajo eventual en los términos que caracterizan esta especialidad de empleo público de marcado contenido político”.

El Acuerdo de la Junta de Gobierno de 24 de abril de 2014 que crea el puesto de Promotor de Programas y Actividades en Cultura, Juventud, Ocio y Tiempo Libre nada dice sobre las funciones del citado Promotor. La Resolución de Alcaldía 2014/9035 de 7 de mayo de 2014 tampoco. Se desconocen, por tanto, cuáles son sus cometidos. Ninguno de los dos actos, y en particular el primero, contiene, a su vez, una motivación sobre la necesidad de crear el puesto. Tales carencias no pueden salvarse con una remisión a la propuesta pues es en el acto administrativo de creación en donde deben reflejarse las concretas funciones. Además, deben ser justificadas debidamente en el expediente. En este sentido, la propuesta no define las funciones

ya que solamente habla de “confianza y asesoramiento especial”, expresión tautológica a la vista del art. 12.1 del EBEB y que define la naturaleza del puesto ya desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Ahora bien, debe conocerse sobre qué recae esa confianza y cuál es el objeto del asesoramiento.

En cuanto a la justificación de la necesidad de creación se habla de nuevos proyectos, sin especificar en qué consisten, y de colectivos no atendidos, sin que se alcance a saber tampoco por qué y en qué medida no se atiende a la juventud, al sector cultural o al del tiempo libre y resulta, en consecuencia, necesario crear este puesto.

Al respecto cabe reproducir la argumentación contenida en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2012, recurso contencioso-administrativo núm. 390/2012, cuando precisa que *“Esta caracterización excepcional de esta clase de puestos, y la necesaria garantía de la protección de las funciones “normales de la Administración Pública” (como las llama la sentencia citada) reclama de la Administración una motivación completa y exhaustiva que permita evidenciar sin lugar a dudas que no se está introduciendo en la estructura administrativa a personas que, sin pasar por el más mínimo control de mérito y capacidad, acaban ejerciendo funciones para las que se reclama la debida preparación que atribuye la superación de las debidas pruebas selectivas y que adorna, por definición, a un funcionario de carrera. Pues de no ser así, no sólo se corre el peligro de que las funciones administrativas se desempeñen por personas carentes de la debida preparación, sino que, por lo que nos interesa desde la perspectiva del presente procedimiento, se estaría vulnerando el principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas ( art. 23.2 CE) no sólo porque accederían personas sin pasar por las debidas pruebas, que sin embargo sí se exigen a otras, sino porque a estas otras, que habrían demostrado su mérito y capacidad para desempeñarlas, se les impediría el acceso.*

*(...)Como ya dijimos en la sentencia 302/2012, de 29 de marzo, la motivación en la creación de este tipo de puestos debe presentar unos caracteres de exhaustividad que permita conocer sin lugar a dudas que los mismos no suponen suplantación de funciones propias, típicas y reservadas de los funcionarios de carrera. Ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo marcaba el carácter de excepcionalidad de este tipo de puestos e indicaba, asimismo, la línea que éstos nunca podían traspasar, a saber, la de las funciones ordinarias de naturaleza administrativa; so pena, añadimos nosotros, admitiendo el planteamiento del recurrente, de vulneración del art. 23.2 CE, en la forma que más arriba hemos señalado. Ahora bien, si la motivación en la creación del puesto no es lo suficientemente clara en la expresión de las funciones concretas que el mismo está llamado a desempeñar, el control de tales extremos se hace inviable, razón por la cual lo que en principio puede ser una mera infracción de legalidad ordinaria (la falta o insuficiencia de motivación, art. 54 Ley 30/1992 adquiere rango de infracción constitucional al hacer inviable el control ya mencionado. Esta obligación de detalle también se refuerza si se observa cómo el art. 12 del Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público menciona que estos puestos “solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial”, luego hay que detallar las funciones, se deben describir, es obligatorio calificarlas como de esa naturaleza y, por último, forzoso es atribuir solo esas funciones”.*

En el presente caso no existe una descripción de las funciones que permita delimitar el contenido del puesto y, de esta forma, resulta imposible determinar si responde a su peculiar naturaleza. Si se ignoran las funciones del puesto, no se puede discernir si se invaden tareas de carácter permanente, estructurales o de organización interna del Ayuntamiento que deban ser realizadas por funcionarios, o

incluso directivas. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo en sentencias como las de 2 de septiembre de 2004 y 17 de marzo de 2005. Tampoco se sabe a qué se hace referencia con “asesoramiento especial” pues el asesoramiento puede tener diferentes contenidos y estar encomendado legalmente a otros empleados públicos dentro de la entidad local. Esta ausencia de definición en el contenido del puesto y de la justificación de su creación provoca que el recurso deba estimarse. Dada la incidencia de la infracción sobre el artículo 23.2 de la Constitución Española, se está en presencia de un motivo de nulidad del art. 62.1 a) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

**QUINTO.-** Por el contrario, debe rechazarse el motivo que incide sobre la inexistencia de consignación presupuestaria pues, tal y como señala la representación del Ayuntamiento, existe consignación presupuestaria en “RC Multiplicación”. De acuerdo con el informe emitido por Intervención el 24 de abril de 2014 se observa que hay una aplicación que se corresponde con “Personal Eventual Corporación” y otra que es de “Seguridad Social Corporación”, específicas, por tanto, para el personal eventual. Del resto de informes de la oficina presupuestaria y de la Jefa de Servicio del Área Económica, se ve que existía crédito en el Presupuesto Municipal para el ejercicio 2014 con cargo a las aplicaciones 11.912.11000 por importe de 30.144,73 € y 100.912.16000 por importe de 9.424,16 €, al contemplarse la cobertura del puesto a partir del mes de mayo de 2014. De esta forma, no resulta determinante de nulidad el que se fije una retribución anual de 46.000 euros brutos ya que la consignación presupuestaria del ejercicio no alcanzaba el total.

**SEXTO.-** Sostiene el demandante que la falta de negociación con los sindicatos provocaría la nulidad de la Resolución impugnada. Sin embargo, con el personal eventual no estamos en presencia de condiciones de trabajo de los funcionarios, a las que se refiere el art. 37.1 k) del EBEP y que exigen dicha negociación. Nos encontramos en el ámbito de su art. 37.2.a), esto es, decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, para las que no se prevé obligatoriamente la negociación colectiva.

Además, desde una interpretación sistemática de la Ley 7/2007 de 12 de abril si al personal directivo se le excluye de la negociación colectiva a la hora de tratar sus condiciones profesionales, conforme prevé el art. 12.4, al personal eventual, con una laguna legal en el EBEP en este sentido, debe dársele idéntico tratamiento en tanto en cuanto ni es funcionario ni personal laboral y su designación y cese penden, en última instancia, de criterios de confianza. Por consiguiente, debe desestimarse este motivo.

**SEPTIMO.-** Sin especial pronunciamiento sobre las costas al existir una complejidad jurídica que evita el criterio del vencimiento objetivo, art.139 L.J.C.A.

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

### **FALLO**

Que, estimando como estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. \_\_\_\_\_ contra la Resolución de 26 de junio de 2014 dictada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de



Gobierno de 24 de abril de 2014 que crea el puesto de Promotor de Programas y Actividades en Cultura, Juventud, Ocio y Tiempo Libre y la Resolución de Alcaldía 2014/9035 de 7 de mayo de 2014 por la que se realiza el nombramiento de D.

para el citado puesto, debo declarar y declaro la nulidad de los actos administrativos impugnados por su disconformidad a derecho.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de apelación a interponer en el plazo de quince días.

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

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Magistrado, celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo, Secretario, doy fe.

