



**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)
OVIEDO**

SENTENCIA: 90193/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº 147/14

**APELANTE: D^a LOPD , CONSEJO GENERAL DE
COLEGIOS OFICIALES DE SECRETARIOS, INTERVENTORES Y
TESOREROS**

PROCURADOR: D^a LOPD

APELADO: AYUNTAMIENTO DE GIJON

PROCURADOR: D^a LOPD

SENTENCIA DE APELACIÓN nº 193/14

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay



**PRINCIPADO DE
ASTURIAS**

En Oviedo, a veinte de octubre de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 147/14, interpuesto por D^a LOPD y el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local, representados por la Procuradora D^a LOPD, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora D^a LOPD. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS QUEROL CARCELLER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Abreviado nº 317/13, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de los de Gijón.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 1 de abril de 2014. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 16 de octubre pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de la Sala en el presente recurso de apelación, la sentencia dictada el día 1 de abril de 2014, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° Uno de Gijón, en los autos del Procedimiento



Abreviado seguido ante el mismo con el N° 317 de 2013, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por los recurrentes y ahora apelantes contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón, de fecha 15 de octubre de 2013, por el que se acordó: el cese de D^aLOPD, funcionaria con habilitación de carácter estatal en el puesto de trabajo de Secretaria General del Pleno; se deja sin efecto su nombramiento provisional como Secretaria Letrada de la Junta de Gobierno; se ordena el inicio de los trámites para la modificación de la relación de puestos de trabajo (RPT), al objeto de incluir un puesto reservado a funcionarios de habilitación nacional de carácter estatal, subescala Secretaria, con las atribuciones que le asigne la Alcaldía en el que podrá permanecer una vez creado hasta que obtenga otro por los procedimientos legalmente previstos; se acuerda mantener las retribuciones vigentes durante tres meses y durante ese tiempo se le asignan las funciones de colaboración, apoyo y asistencia jurídica que le sean atribuidas por la Alcaldía; y dar cuenta del acuerdo al Pleno del Ayuntamiento, al órgano competente de la Comunidad Autónoma y a la Dirección General de la Función Pública.

Se argumenta por los recurrentes que se incumplen las previsiones del artículo 29 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, dado que no existe un puesto de trabajo al que pueda ser adscrita desde el momento del cese; que no se respeta la competencia de la Comunidad Autónoma, que se omite el informe del Jefe de Servicio de Relaciones Letradas, el trámite de audiencia, la necesaria motivación, se vulnera el derecho al cargo y al ejercicio de la función pública, y que se actuó con desviación de poder.

Al recurso de apelación se opone la Administración demandada argumentando que en esta alzada se vienen a reiterar y reproducir los mismos fundamentos expuestos y ya resueltos en la sentencia apelada, al tiempo que viene a reiterar la falta de legitimación del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

Con el escrito de apelación se aportó por la recurrente acuerdo de fecha 8 de abril de 2014, por el que se acuerda adscribir provisionalmente a D^aLOPD al puesto de trabajo de Responsable de Asuntos Legales, incorporación documental que se estima procedente al ser de fecha posterior a la sentencia y estar en



plena relación con la cuestión sujeta a debate y cuya valoración se efectuará dentro del contexto de la propia sentencia, conjuntamente con el resto de la prueba practicada.

SEGUNDO.- Como primera cuestión debemos examinar la falta de legitimación que la Corporación demandada y ahora apelada niega al Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros, a lo que tenemos que decir, que reconocida dicha legitimación en la sentencia apelada frente a las argumentaciones que en la misma se hacen para su desestimación, se aduce que la Secretaria cesada no consta inscrita en el referido Colegio y que dicho Colegio carece de todo interés directo, más allá de la mera legalidad del acto, pues ni cabe defender los intereses de quien no forma parte del Colegio, ni cabe entender que el cese de un funcionario nombrado por libre designación afecte a los derechos e intereses legítimos del colectivo en cuanto a las funciones e intereses profesionales de sus colegiados.

A ello se tiene que decir que se trata de una cuestión que ya fue planteada ante el Juzgador y resuelta por éste en la sentencia apelada, argumentando que los Colegios Profesionales están legitimados para impugnar cuantos actos o disposiciones estimen que resultan perjudiciales a los intereses de sus colegiados, asumiendo la representación de la profesión con independencia de la colegiación de los interesados, entendemos directamente afectados como aquí sucede. Frente a ello, la Corporación demandada y apelada, viene a aducir en esta alzada la falta de legitimación del Código Profesional apelante con los mismos argumentos invocados en la primera instancia, a lo que tenemos que decir que la legitimación en esta alzada viene dada por la legitimación reconocida en la instancia inferior, no impugnada, por lo que la falta de legitimación respecto del recurso de apelación interpuesto no puede acogerse.

TERCERO.- Entrando en el examen de la cuestión de fondo del recurso de apelación interpuesto, lo primero que debemos determinar es si en el presente recurso se limitaba a una nueva reproducción de las cuestiones planteadas sin ningún estudio crítico de los argumentos de la sentencia apelada, limitándose a sustituir el criterio del Juzgador por el propio de los recurrentes.

Sobre dicha cuestión, siendo cierta como doctrina general que en esta segunda instancia no cabe reproducir los mismos argumentos ya expuestos con el Juzgador “a

quo”, sin embargo dicha doctrina decae cuando se hace una crítica razonada del ordenamiento jurídico aplicado o de la valoración e interpretación de la prueba practicada en las actuaciones.

En esta alzada aunque se vienen a analizar las mismas cuestiones que en la primera instancia se hace una crítica, mostrando su disconformidad a la interpretación que el Juzgador hace al derecho aplicado, por lo que tampoco cabe acoger este motivo de oposición al recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Se argumenta como primer motivo de apelación que por el Juzgador se hace una interpretación incorrecta del artículo 29 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, toda vez que se cesó a la recurrente sin que figurara en la relación de puestos de trabajo otro perteneciente a su misma subescala y categoría, argumentándose en la sentencia apelada frente a ello que, la falta de dicho puesto de trabajo en la R.P.T. en el momento del cese, no constituye causa de nulidad, y que su creación posterior al cese viene a convalidar dicha falta de puesto de trabajo, después de reconocer que debe garantizarse o asignarse un puesto de trabajo que deberá figurar en la R.P.T. en el momento del cese.

A ello tenemos que decir que lo que indica el citado artículo 29 es que se garantice un puesto de trabajo de su subescala y categoría y que dicho puesto figure en la relación de puestos de trabajo, sin que determine expresamente que dicho puesto de trabajo exista en la relación de puestos de trabajo en el momento en que se produjo el cese, admitiéndose de esta forma la posibilidad, como acontece en el supuesto de autos, de asignación de un puesto concreto y su posterior incorporación a la relación de puestos de trabajo, pues otra interpretación como la que hacen los apelantes conduciría a que no se pudiese cesar a un funcionario nombrado para un puesto de libre designación, si al momento del cese no hubiera en la relación de puestos de trabajo otro de su misma subescala y categoría al que pudiera ser destinado, y así se viene a reconocer en el informe emitido por el Director General de Administración Local en el que se apoya la recurrente al reconocer que “el Ayuntamiento debe garantizar al habilitado la existencia del puesto. Es preciso por lo tanto no solo que

acuerde iniciar la modificación de la RPT a efectos de crear el puesto de trabajo..., si no que ésta se lleve a cabo de forma efectiva”.

QUINTO.- Seguidamente la recurrente hace una serie de consideraciones referidas a la creación del puesto de trabajo y a su incorporación en la R.P.T. tras la oportuna modificación, afirmando que no se trata de una competencia exclusiva del Ayuntamiento, sino que participa también la Comunidad Autónoma y que no garantiza la creación del puesto de trabajo, consideraciones que son desestimadas por la sentencia apelada y cuyos argumentos se dan por reproducidos en la presente, a los que cabe añadir que las referencias que se hacen a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, resultan intrascendentes para el supuesto de autos dado que es de fecha posterior a la resolución que determinó el cese y que dichas alegaciones afectan a la correcta modificación de la Relación de Puestos de Trabajo y en el caso de autos la impugnación recae sobre la resolución de 15 de octubre de 2013 por la que se dispuso el cese de la recurrente y el inicio de los trámites para la modificación de la relación de puestos de trabajo, al objeto de incluir un puesto reservado a habilitado nacional, así como si se ha creado o no dicho puesto de trabajo.

SEXTO.- A continuación se hacen una serie de consideraciones acerca de la existencia de defectos en la tramitación del expediente, como la falta de informe del Jefe de Servicio de Relaciones Laborales, como prevén los artículos 172 y ss. del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, la omisión del trámite de audiencia y la falta de motivación, alegaciones que son desestimadas por la sentencia apelada por estimar que dichos condicionamientos no son de apreciar cuando se trata del cese en un puesto de trabajo de libre designación, argumento que hacemos propio toda vez que la normativa aplicable viene dada por el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que al tratar de su cese, en el artículo 23, señala que podrá ser cesado con carácter discrecional y que la motivación del cese se referirá a la competencia para adoptarlo.

SEPTIMO.- Por último se invoca que la resolución impugnada resulta contraria al ejercicio del derecho al cargo y a la función pública y que se ha procedido con desviación de poder, a lo que tenemos que decir que no se le priva de dichos derechos, sino del puesto de trabajo al que accedió por libre designación, asignándole o garantizándole el acceso a otro análogo al anterior, ni cabe apreciar desviación de poder alguno cuando obedece a una potestad de quien le designó.

OCTAVO.- La desestimación del recurso interpuesto conlleva la imposición de las costas causadas en esta alzada, que serán satisfechas por mitades por ambas partes recurrentes, como previene el artículo 139 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, con el límite global de 1.200 €.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora D^aLOPD , en nombre y representación de D^aLOPD y del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, contra la sentencia dictada el día 1 de abril de 2014, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N^o 1 de Gijón, en los autos del Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el N^o 317 de 2013, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Gijón, representado por la Procuradora D^aLOPD , sentencia que confirmamos por estimarla ajustada a derecho, con imposición de las costas causadas en esta alzada a los recurrentes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.