

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**RECURSO: P.O. 809/08**

**RECURRENTE/S:AFAG**

**PROCURADOR/A:SRA. LOPEZ ALBERDI**

**RECURRIDO/S:AYUNTAMIENTO DE GIJON. CCOO. SIPLA. FSP-UGT.**

**PROCURADORES: SR. ALVAREZ FERNANDEZ. SR. COBIAN GIL**

**DELGADO. SRA. GOTA BREY. SR. TORRE LORCA**

**SENTENCIA nº 1195/10**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jesús María Chamorro González**

**Magistrados:**

**Dña. María José Margareto García**

**D. Francisco Salto Villén**

En Oviedo, a veintinueve de octubre de dos mil diez.

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 contencioso administrativo número 809/08, interpuesto por la ASOCIACION DE FUNCIONARIOS DEL AYUNTAMIENTO DE GIJON, representado por la Procuradora Dña. María Dolores López Alberdi, actuando bajo asistencia Letrada Dña. María Angeles García Suárez, contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON, representado por el Procurador D. Luis Alvarez Fernández, actuando con asistencia letrada de D.



Ignacio Villaverde Menéndez, COMISIONES OBRERAS DE ASTURIAS, representado por el Procurador D. Rafael Cobian Gil Delgado, actuando bajo la dirección letrada de Dña. Natalia Rodríguez Alvarez, el SINDICATO INDEPENDIENTE DE POLICIA LOCAL DE ASTURIAS, representado por la Procuradora Dña. Patricia Gota Brey, actuando bajo la dirección letrada de D. Ignacio Manso Platero, y la FEDERACION DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES, representado por el Procurador D. Enrique Torre Lorca, actuando bajo la asistencia letrada de D. Manuel Baliela García. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Salto Villén

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.



**TERCERO.-** Conferido traslado a la partes codemandadas para su contestación a la demanda se hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

**CUARTO.-** Por Auto de 29 de marzo de 2010 se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente el pasado día 27 de octubre en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de la Asociación de Funcionarios del Ayuntamiento de Gijón, se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente al Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo Comunes a los Empleados del Ayuntamiento de Gijón y de las Fundaciones y Patronatos dependientes del mismo, ordenando su inscripción en el Libro de Registro de Pactos Colectivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo, mediante Resolución de 26 de enero de 2009, de la Consejería de Industria y Empleo.

**SEGUNDO.-** La parte actora entiende que el art. 25.2 del Acuerdo debe anularse por infringir lo dispuesto en el artículo 153 del RD Legislativo 781/1986

vigente por causa de lo dispuesto en la D.F. 4ª y D. Derogatoria, ambas de la Ley 7/2007, al no contemplarse en tal precepto del Real D.Legislativo aludido la posibilidad de establecer un complemento específico variable, tal y como lo dispone el precepto impugnado.

La cuestión ha de resolverse a la luz de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 7/2007, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) según el cual el personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respecto Autonomía Local.

Pues bien, en la legislación autonómica asturiana, cuando se dicta la D.F. 4ª del E.B.E.P., estaba vigente el Decreto 4/2000, así como el Decreto 22/1994, de 11 de marzo que contemplan el complemento específica percibido en aquellos puestos de trabajo en los que por la naturaleza de sus funciones exigidas vienen obligados a prestar sus servicios en determinadas jornadas festivas, nocturnas de especial disponibilidad o en condiciones excepcionalmente peligrosas.

Así las cosas, y en tanto no se dicte por la legislación asturiana una norma superior o ratifique dicho complemento específico variable, no puede anularse el artículo 25.2 del Acuerdo recurrido, ya que por la parte actora ni siquiera se impugnan los citados Decretos asturianos.

**TERCERO.-** Impugna la actora el artículo 28.1 del Acuerdo con base a que es contrario a lo dispuesto en el artículo 157 del R.D.Legislativo 781/1986 y Anexo I del R.D. 462/2002, por el hecho de establecer que las dietas y desplazamientos a devengar en los términos previstos en la normativa de la Administración Civil del Estado, se devengarán por el importe que figure en el Grupo Segundo.

En efecto, tal y como alega la parte recurrente, el R.D. 462/2002, en su Anexo II establece dietas para el territorio nacional diferenciando claramente las que se aplican al grupo 2 y las inferiores que se aplican al grupo 3, de modo que el Ayuntamiento demandado no puede en uso de su ejercicio de autonomía regular las dietas infringiendo lo dispuesto en el citado R.D. que le obliga, ya que al mismo se remite el artículo 157 del Texto Refundido de 1986 tan citado.

**CUARTO.-** Pone en cuestión, asimismo, la parte actora el artículo 84, su apartado 3, por cuanto infringe lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), y ello porque, a juicio de la recurrente, suprime los derechos reconocidos en tal precepto de la Ley Orgánica, pero ciertamente dicho precepto ha de interpretarse como alega la representación del Ayuntamiento de Gijón, es decir, que aunque el art. 84 establece lo que dice para las Secciones Sindicales representativas, ello no es, ni puede serlo, en detrimento de lo establecido en el artículo 8 de la L.O.P.J., pues no se niegan expresamente en dicho artículo, si bien al haber recogido los derechos establecidos en el artículo 8 de la L.O.L.S. en el precepto impugnado, hubiera evitado las razonables dudas de la parte recurrente.

**QUINTO.-** Se ha de examinar ahora el apartado 5 del art. 84, relativo a la acumulación de horas, y ello porque con dicha acumulación, según la recurrente, se está previendo la constitución de Secciones Sindicales mixtas (funcionarios y laborales), al permitir computarse conjuntamente a los representantes de los funcionarios públicos y del personal labora, para delimitar los derechos y garantías de acción sindical.

En efecto, y según se desprende del tenor literal del precepto cabe la interpretación de la parte actora, pues al permitir que se acumulen en un delegado horas sindicales tanto de las correspondientes a la Junta de Personal, como de los miembros del Comité de Empresa, se crea de facto, la sección sindical mixta, sobre la que ya esta Sala se ha pronunciado repetidamente, y otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Canarias, en su sentencia de fecha 25 de enero de 1999, y el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2002.

**SEXTO.-** Impugna la recurrente los Anexos V y XII.B, por cuanto su contenido ha sido objeto de negociación en la Mesa General de Negociación (art. 36.3 EBEP), pero la carrera administrativa debería haberse negociado en la específica Mesa de Funcionarios, constituida, por una parte, por los representantes del Ayuntamiento de Gijón, y por otra, por las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal, las Organizaciones sindicales de la comunidad Autónoma, así como los sindicatos que

hayan obtenido en el 10 por 100 o más representantes en las elecciones para delegados y Juntas de Personal.

En efecto, y como señala la parte actora, esta Sala ya se ha pronunciado al efecto en las sentencias recaídas en los P.O. 1054 y 1055, ambos del año 1999, y si bien el EBEP ahora permite negociar en la Mesa General de Negociación aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, laboral y estatuario, precisamente para las materias no comunes no procede negociar en dicha Mesa, sino en la que prevé el artículo 33 de dicho EBEP, lo que de alguna manera viene a reconocer la parte demandada, pues trata de salvar la omisión denunciada alegando que, como consta en el documento nº 1 acompañado con el escrito de contestación a la demanda, existe Resolución, de 26 de enero de 2009, acordando la inscripción del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de los Funcionarios Públicos. Acuerdo que, según la Introducción del mismo, viene a desarrollar para el ámbito funcional el Acuerdo suscrito el 24 de octubre en la Mesa General de Negociación para materias comunes, de lo que se deduce, sin que exista prueba en contrario, que las materias no comunes no fueron negociadas en los términos previstos en el citado artículo 33 del EBEP.

Así las cosas, anulados el Acuerdo 0 XII.B, por el motivo acabado de decir, no procede examinar el resto de alegaciones de la parte actora relativas a otros apartados de dichos Anexos que se declaran ahora nulos.

**SEPTIMO.-** Por cuanto antecede, se ha de estimar parcialmente la demanda, sin que existan méritos para una expresa condena en costas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA.

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: Estimar, en parte, el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Funcionarios del Ayuntamiento de Gijón, en el que han sido parte demandada dicho Ayuntamiento y Comisiones Obreras, Sindicato Independiente Policía Local de Gijón y Federación de Servicios Públicos de Unión General de Trabajadores, contra el Acuerdo identificado en el primer Fundamento de Derecho de esta sentencia, y en su virtud se declara:

a) Que no son conformes a Derecho los artículos 28.1; 84.5 y Anexo V y XII.B del Acuerdo recurrido, siendo lo demás conforme a Derecho en los términos expresados.

b) Sin costas.

-Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

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