

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

SENTENCIA: 00021/2021

Modelo: N40000
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Teléfono: 986 817860/72/61 Fax: 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: RG

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000461
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000242 /2020 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: CESAR LOPEZ-GIL OTERO
Procurador D./Dª: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA

En Vigo, a 4 de febrero de 2021

Vistos por mí, Marcos Amboage López, magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- representada por la procuradora María Rosa Marquina Tesouro y asistido por el letrado/a: César López-Gil Otero, frente a:
- Concello de Vigo representado y asistido por el letrado/a: María Isabel Fernández Gabriel.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal expresada en el encabezamiento presentó el 7 de septiembre del 2020, recurso contencioso-administrativo mediante demanda, frente a:

- 1 La resolución de la demandada, publicada en el BOPP, de 8 de julio del 2020, que supuso la aprobación definitiva de la modificación puntual de la relación de puestos de trabajo (en adelante, RPT), en la exclusiva parte que no atiende lo interesado por la actora en su solicitud de 11 de enero del 2017.
- 2 La desestimación presunta de la solicitud realizada el 26 de junio del 2019.

En la demanda pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, exclusivamente en lo que concierne a la desestimación de la petición actora, y se condene a la demandada a:

- Reconocer a la actora las labores propias de la jefatura que ejerce.
- Crear el puesto de jefatura de normalización, o a la red denominación del actual puesto de técnico de normalización lingüística, en jefe de normalización lingüística.
- Reconocer a la actora el derecho a percibir, desde el 11 de enero del 2012, las diferencias retributivas entre las cantidades que le han sido abonadas, en concepto de complemento específico del puesto que ha desempeñado como técnico de servicio, y las cantidades que por el mismo concepto le hubieran correspondido por desempeñar las funciones propias de un puesto de jefatura de servicio (por ejemplo, con el complemento 660), y con condena a su abono.
- A estar y pasar por tales declaraciones y con imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 9 de septiembre del 2020 y se reclamó el expediente administrativo, que se recibió el 24 de noviembre. La vista a que se refiere el art. 78 LJCA tuvo lugar el 21 de enero del 2021, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada se opuso a ella, al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho.

Se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada. Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo. A instancia de la actora se ha practicado la testifical de _____ y de _____

Tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente es técnica de normalización lingüística pero sostiene que viene desempeñando desde antiguo las funciones propias de la jefatura del servicio homónima, todas, si bien reconoce que dicho puesto no existe en la RPT del Concello de Vigo. Y su reivindicación, como vimos, es doble, pretende el reconocimiento del puesto y la adscripción al mismo, y el reconocimiento de los efectos económicos que le corresponden por haber desempeñado esas funciones superiores con retroacción al año 2012.

La actora viene denunciando esta situación desde el año 2013, sin haber obtenido respuesta de la demandada, y la actividad que ahora impugna, también es doble, por un lado, la desestimación presunta de una de las últimas reclamaciones en esta dirección, realizada el 11 de enero del 2017, y por otro, la reciente aprobación de la RPT (BOPP de 8 de julio del 2020), exclusivamente en cuanto al extremo de que no atiende su vieja demanda.

Pues bien, el análisis de las posturas de las partes y la prueba que de ellas presentan, nos conduce a entender que nos hallamos en presencia de un debate jurídico, ya que la demandada no niega las funciones desarrolladas por la recurrente. Acepta que desempeña con asiduidad los cometidos propios de una jefatura del servicio, sin serlo, o mejor dicho, sin existir la previsión de ese puesto en la RPT.

Comenzaremos nuestra motivación remontándonos al origen, la Ordenanza municipal de normalización lingüística, aprobada en noviembre del año 1988, en aplicación de la Ley autonómica homónima, crea el servicio, pero es parca en cuanto a lo que nos interesa, puesto que respecto de su composición, su capítulo IX, simplemente expone que para dar cumplimiento al espíritu que inspira esta ordenanza, se creará un servicio municipal de normalización lingüística y una comisión informativa.

La RPT solo contempla como integrante del servicio una técnica que, con carácter superior, ha sido y es el puesto formalmente ocupado por la actora, que ha estado auxiliada, en precario, es decir, de forma discontinúa e interina, por distintos auxiliares, en ocasiones con la cualidad de técnico medio, en otras por administrativos.

Lo cierto es que a partir de la guía de funciones, confeccionada por la propia demandada, que muestra las propias del puesto de jefe de servicio, contrastadas con las acreditadas que viene realizando la actora, se aprecia con claridad la plena correspondencia, y así:

- a) Elaborar propuestas sobre planificación y programación de las actividades propias del servicio y sobre previsión de sus necesidades.
Es el caso de las numerosas peticiones dirigidas al departamento de recursos humanos de la demandada, en la que se avisa de la extinción de las relaciones de servicios de funcionarios interinos contratados para desempeñar su tarea en el servicio de normalización lingüística, y de la necesidad de proveer un nuevo llamamiento por acumulación de tareas, que supla su cobertura. Elaborados todos por la actora, por ejemplo, el informe de 30 de agosto del 2018.
- b) Colaborar con su superior inmediato en la determinación de los objetivos del servicio. Muestra de ello son los balances de la actividad de la concejalía, por ejemplo, el referido a la anualidad junio 2015-junio 2016, en el que se expresa el amplio ámbito de su actuación, y que es confeccionado por la actora.
- c) Elaborar propuestas sobre el perfeccionamiento de las prestaciones del servicio, configuración de los puestos o el funcionamiento de los servicios. La confección por la recurrente del programa “Vigo co deporte e coa lingua”, es buena muestra de ello, ya que no solo contiene un contenido propio de la actividad del servicio, sino que además, pone de manifiesto la necesidad en materia de personal exigida para su ejecución.
- d) Proponer la adscripción y traslado del personal del servicio a los distintos puestos de trabajo del mismo. No encontramos muestras directas de esta función por la sencilla razón del más que acreditado déficit del servicio en materia de personal determinado por carencia de puestos adscritos al mismo,

lo que se ha traducido por un lado, en la sobrecarga de trabajo asumida por la recurrente, que ha venido realizando las propias y las extrañas, las que no le correspondían, ya fueran de superior o inferior categoría. Y por otro lado, en la circunstancia también probada de la continuada contratación de personal de apoyo, ya técnicos medios, ya auxiliares, como el caso de

- e) Dirigir y coordinar las actividades propias del servicio, mediante las oportunas órdenes, orientaciones e instrucciones. Es el caso de propuesta que en julio del 2019, se dirige por la actora a la concejal, para la programación de las actividades en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre.
- f) Ejercer el mando directo del personal del servicio y transmitir al mismo las instrucciones recibidas de la dirección superior. El testigo , corroboró que la actora era su jefa.
- g) Supervisar el trabajo de los funcionarios y empleados adscritos al servicio y responsabilizarse de la productividad de los mismos.
- h) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del personal del servicio, atendiendo a sus condiciones de trabajo.
Respecto de estas tres capitales funciones propias de una jefatura no hemos encontrado elementos documentales que así lo corroboren, que hubieran sido desempeñadas por la recurrente, pero ha sido por el mismo motivo que ya hemos expuesto en cuanto que si existe una carencia manifiesta de personal en el servicio, difícilmente pueden impartirse órdenes e instrucciones a nadie. Lo que no significa que, a la vista de la prueba existente tengamos por racional y lógicamente acreditado que las tareas desempeñadas por aquellas personas que fueron contratadas interinamente para prestar sus servicios por necesidades derivadas de la acumulación de tareas, se realizasen bajo la supervisión y siguiendo las instrucciones directas de la recurrente. Así lo ha corroborado el testigo, , en el acto del juicio.
- i) Evaluar los resultados y los costes de funcionamiento de las unidades del servicio. Solicitudes confeccionadas por la actora, el 14 de agosto del 2015, para la ejecución del proyecto “Historias para coñecernos Vigo”, o “Vigo literario” en las que se evalúa su contenido y su coste.
- j) Efectuar el control inmediato, de acuerdo con los criterios fijados por los servicios económicos y financieros, de los ingresos que se recauden, en su caso en el servicio. No es de aplicación al caso.
- k) Autorizar con su firma o visado los documentos que se generen en el servicio. Es el caso de las solicitudes de vacaciones y permisos del personal del servicio que se tramitan a la unidad de personal, en un modelo o plantilla preestablecido, en la que se reserva esa firma a la jefa del servicio, y lo respalda la actora.

- l) Abocar, en circunstancias especiales las funciones asignadas a los técnicos o a los administrativos adscritos al servicio. Idem, no hay prueba directa de una avocación en los estrictos términos del art. 10 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pero ello es debido, al margen de la excepcionalidad del fenómeno, a la carencia de personal dependiente de la actora.
- m) Elaboración de la propuesta de presupuesto del servicio y gestión y control del gasto del mismo. Propuesta de presupuesto del servicio, del ejercicio 2016, suscrito por la actora el 27 de agosto del 2015, en el que de manera completa se analizan los costes del mismo y las futuras necesidades.
- n) Formular propuestas de gasto para la adquisición de bienes y servicios que se precisen en el servicio y conformar su recepción. Informe de 6 de julio del 2020, sobre transferencia de crédito al servicio para mantener su normal funcionamiento. O numerosas certificaciones de facturas respecto de prestaciones contratadas por el servicio, como la que ha emitido el 1 de febrero del 2018, sobre la adquisición de libros por el Concello de Vigo.
- o) Dirigir las tareas de registro y archivo de la documentación del servicio, de acuerdo con las instrucciones que al respecto le remitan desde secretaría general.
- p) Visar o redactar, en su caso, los pliegos de condiciones técnico administrativas relacionadas con su unidad.
- q) Dar cuenta, a quien corresponda, de los expedientes de su servicio de acuerdo con las instrucciones que reciba. A través del informe- propuesta elaborado en mayo del 2019, se ha trasladado a la junta de gobierno local la relación de los expedientes de contratos menores que se tramitaron en el servicio.
- r) Proponer, dentro del plazo reglamentario las resoluciones o decretos de trámite y velar porque los actos y acuerdos se cumplan.
- s) Mantener las relaciones necesarias con los representantes de las empresas relacionadas con los servicios municipales contratados para mejorar, modificar, optimizar la prestación de los mismos y supervisar la ejecución de los trabajos.
- t) Coordinación con otras administraciones en todos aquellos asuntos que afectan al servicio. Es el caso del informe de fecha noviembre del 2019, en el que se da cuenta de la colaboración con la Universidad de Vigo, en un programa de toponimia.
- u) Responsabilizarse de la productividad del personal a su cargo. Como por ejemplo, la certificación de la prestación de los servicios realizados por la profesora .

- v) Mantener el reciclaje continuo en sus conocimientos y procedimientos necesarios para la realización de las funciones del puesto de manera eficiente, impulsando la formación teórico- práctica del personal a su cargo. La actora ha sido la designada por la demandada para asistir, en comisión de servicios, al Congreso mundial sobre canto improvisado.
- w) Atención e información pública en las materias de su servicio. Es el caso de la respuesta de agosto del 2017, a una solicitud formulada por una asociación vecinal.
- x) Utilización de las aplicaciones informáticas correspondientes a su servicio. Ejemplo de la misma es la solicitud de acceso a los recursos informáticos realizada por , auxiliar administrativo para prestar sus servicios en el departamento de normalización lingüística, que suscribe la actora, en un modelo o plantilla preestablecido, en la que se reserva esa firma a la jefa del servicio.
- y) Efectuará propuestas de mejora a sus superiores en relación con los sistemas y procesos de trabajo. Por poner un ejemplo, en junio del 2018, solicitó a la concejalía de administración electrónica, disponer de un pincho de conexión a internet.

Nos parece oportuno señalar que muchas de las anteriores funciones que integran el puesto de jefe del servicio se confunden, son idénticas, a las que se establecen como propias del puesto de técnico de normalización lingüística y se describen en la guía de funciones, también de autoría de la demandada, como las funciones de naturaleza general. Y así se indica que es competencia del técnico de normalización lingüística, asumir las funciones de naturaleza general que estén vinculadas al correcto desarrollo de las tareas derivadas del puesto de trabajo, concretamente las siguientes:

1. Mantener informados a sus superiores jerárquicos en lo atinente al avance de su actividad y de la actividad del personal que tenga su cargo.
2. Atender e informar al público en las materias que sean de la competencia del servicio o de la unidad a la que pertenezca.
3. Responsabilizarse de la productividad del personal a su cargo.
4. Efectuar propuestas de mejora a sus superiores en relación con sus sistemas y procesos de trabajo, o en relación con cualquier otra área de mejora que se detectase de cara a favorecer un mejor funcionamiento de la unidad.
5. Procurar la actualización continua de sus conocimientos en materia y procedimientos necesarios para realizar las funciones del puesto de manera eficiente, dentro de los medios que la administración disponga.
6. Procurar la actualización continua de sus conocimientos en materia reglamentaria, normativa y legal.
7. Promover la actualización de conocimientos del personal dependiente del puesto.
8. Promover un adecuado nivel de comunicación y coordinación con el personal a su cargo.

9. Utilizar las aplicaciones informáticas correspondientes a su unidad y promover su utilización por parte del personal que estuviere su cargo.

Como es de ver, funciones que se dibujan como propias del jefe del servicio, y que hemos señalado anteriormente como las letras a), b) y c), se identifican con las que se señalan como propias del técnico, en los números 1 y 4 de la anterior relación. La función que numeramos como 2) propia del técnico del servicio, es la que dejamos señalada como w) en la guía de las funciones del jefe del servicio. La función que numeramos como 3) propia del técnico del servicio, es la que dejamos señalada como g) y u) en la guía de las funciones del jefe del servicio. Las funciones que numeramos como 5) y 6) propias del técnico del servicio, es la que dejamos como señalada v) en la guía de las funciones del jefe del servicio. Queremos con ello poner el acento en que de poco sirve la distinción teórica de puestos de trabajo, si se le encomiendan las mismas funciones, o peor aun, sirve esta configuración ambigua o ambivalente para que se produzca el efecto perverso que se denuncia en este recurso consistente en que el funcionario con categoría inferior termine realizando, indistintamente, tanto las funciones que le son propias, como las del puesto superior, porque total, son las mismas, pero con la retribución asignada al puesto para el que ha sido nombrado.

SEGUNDO.- Por si no fuera suficiente la anterior prueba, quizás la mejor acreditación de que la recurrente vienen actuando de manera constante y pública como jefa del servicio de normalización lingüística, son las numerosas manifestaciones en las que la demandada se ha dirigido a ella con esa cualidad. Por ejemplo:

Abundan en la prueba documental adjuntada por la actora a su demanda, ejemplos en los que la demandada dirige comunicaciones al jefe del servicio de normalización lingüística, como en materia de prevención de riesgos laborales (año 2009), publicidad institucional (año 2015), tablón edictal único (año 2015), portal de transparencia (año 2015), prensa y comunicación (año 2001), subvenciones para la promoción del uso de la lengua gallega (año 2019), informática (año 2017). Naturalmente, estas comunicaciones se han dirigido a la recurrente, en calidad de jefa del servicio, cuando con la RPT en la mano, no existe tal puesto.

La prueba testifical en el acto del juicio también arroja unos resultados unívocos en cuanto que la actora ha venido siendo la jefa del servicio de normalización lingüística de facto, o realizando las funciones propias y asumiendo la responsabilidad de la jefatura, sin serlo formalmente. Así, , ha expresado que en los seis meses que ha desempeñado sus servicios como técnico medio en el departamento, todo lo hacía la actora quien era su superior a todos los efectos, como por ejemplo, la programación de las tareas, objetivos, y la distribución de vacaciones o petición de permisos.

, compañera de la recurrente, pero jefa del servicio de juventud del Concello de Vigo, explicó que inicialmente ambas funcionarias estaban integradas en la misma área, bajo la misma responsable política, ahora no. Pero explicó que cuando se convocan reuniones para las jefaturas de los servicios, por normalización lingüística acude la actora, y sobre el presupuesto que maneja su departamento,

aproximadamente unos 200.000 euros, resulta ser similar a las cantidades asignadas al servicio de normalización.

Entonces, tenemos claro que la recurrente ha venido desempeñando en el servicio de normalización lingüística una pluralidad de funciones que rebasan, no solo por encima, sino incluso por su vertiente inferior, las propias de un técnico, al punto de que no sería descabellado afirmar que la recurrente es el servicio de normalización lingüística. La actora ha cumplido y cumple con su cometido propio, y hace las veces de jefa del servicio, y si hace falta, asume los cometidos de un técnico medio, y no descartamos que también realizase tareas propias de un auxiliar administrativo, en ausencia de éstos.

TERCERO.- Aclarada esta premisa, respecto de la que tampoco ha existido contienda por la demandada, la pregunta a responder con esta sentencia debe ser si, sabiendo que el puesto de jefa del servicio no se contempla en este departamento, debería preverse, no como un criterio de oportunidad, sino como obligación.

La respuesta debe ser afirmativa porque la RPT debe fiel a la realidad de los puestos que existan, de modo que si un empleado público está desempeñando las funciones propias de un puesto, y éste no existe, debe contemplarse, definirse, en la previsión abstracta que es la RPT. Lo lógico es que primero se cree el puesto en la RPT, y luego se provea por los mecanismos ordinarios, para que quien resulte adjudicatario del mismo, desarrolle las funciones que le son propias.

En nuestro caso el fenómeno se ha desarrollado a la inversa de la anterior secuencia, es decir, a una funcionaria pública se le asignan, asume, desarrolla unas funciones de un puesto que no es el suyo, que no es el de nadie, porque no existe, ahora habrá que crear ese puesto y proveerlo conforme a Derecho, y con ello, respondemos a otro de los interrogantes que debe resolver esta sentencia, en atención a las pretensiones actoras.

Se estimará la petición de condena a la demandada a la modificación de la RPT, en el sentido referido, es decir, creando el puesto de jefe del servicio de normalización lingüística, ya que la realidad de los últimos diez años demuestra que es necesario, pues las funciones que lo integran han venido siendo desarrolladas por la recurrente.

Pero no podemos atender la pretensión de que con la creación del puesto, se le adscriba directamente a la actora a pesar de que lo hubiese venido desempeñando de facto, como una suerte de usucapión. Habrá que cubrirlo de conformidad con los procedimientos ordinarios que combinan los principios constitucionales de mérito y capacidad, con libre concurrencia y publicidad.

Antes de continuar queremos hacer la siguiente reflexión:

En litigios sobre esta materia, entendíamos que uno de los requisitos para el acogimiento de pretensiones que se basaban en el desarrollo de funciones superiores a las asignadas como propias, era la existencia de un acto de adscripción formal al puesto, sin que fuera suficiente para el éxito de esta clase de reivindicaciones, que se acreditase la efectiva realización de todas las funciones propias de ese puesto superior. Y así, seguíamos el criterio establecido en sentencias como las SSTSJG Sala de lo Contencioso Sección: 1 (Nº de Recurso: 443/2016- Nº de Resolución: 268/2017), de 18 de mayo del 2017, y la de igual sala y

sección, (Nº de Recurso: 391/2017- Nº de Resolución: 176/2018), de 11 de abril del 2018. La primera de estas SSTSJG, razonaba:

“Que la actora haya desarrollado funciones que van más allá de las que corresponden a su puesto de trabajo no autoriza para que le sea asignado un puesto de categoría superior fuera de los cauces procedimentalmente establecidos. Que haya desarrollado más tareas de las asignadas a su específica categoría no implica que le pueda ser adjudicado, sin más, un puesto reservado, en cuanto a su cobertura, por la vía de concurso en proceso de concurrencia competitiva. Ni siquiera el haber realizado labores correspondientes a una categoría superior avala esa posibilidad ni le faculta para exigir unas remuneraciones más elevadas y no acordes con su específica categoría.” [...].

<“Así lo ha determinado ya ésta propia Sala y Sección al señalar, en sentencia de fecha 16 de octubre de 2013 , que no basta con ejercer de hecho las funciones propias de un puesto de trabajo para el percibo de las retribuciones complementarias previstas en el catálogo o en la Relación de Puestos de Trabajo, ya que es preciso que exista una resolución formal de adscripción al mismo tras superar, por vía de concurso, el proceso de selección al efecto convocado. Así lo ha venido estableciendo este Tribunal en sentencias de 25 de junio y 16 de octubre de 2013 , intentando evitar procedimientos anómalos e irregulares de provisión de puestos de trabajo, conculcadores de la norma básica contemplada, a tal fin, en el artículo 78 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril” [...].

“Es decir, se exige no solo que el puesto en cuestión se halle dotado presupuestariamente, sino también la formal adscripción del interesado para su desempeño como colofón a un proceso selectivo acorde a los principios de acceso a la función pública. Y ello requiere la existencia de un acto de investidura formal que aquí no se aprecia, por lo que tampoco cabe exigir el abono de diferencias retributivas ni de atrasos económicos como indebidamente postula la parte demandante, a la que se le adjudicó la plaza de Ingeniero Técnico Topógrafo sin que tal adjudicación conllevase la adjuntía de servicio, en principio, a ella vinculada.”

Y la segunda de las SSTSJG referidas, decía:

“ QUINTO. - En relación a la exigencia o no de nombramiento o investidura formal vinculada a la existencia de vacante dotada presupuestariamente.

Cuestiona en segundo lugar la apelante en su alegato en relación con la necesidad de una encomienda formal como requisito, que el Juzgador aluda a sentencias de esta misma Sala que avalan la exigencia de nombramiento o encomienda formal expresa, olvidando que las hay igualmente en sentido diverso, y que establecen la innecesaridad de dicha exigencia invoca expresamente la sentencia TSJ de Galicia 316/2017 de 14 de junio de 2017 (recurso 409/2016), la sentencia TSJ de Galicia 387/2016 de 1 de junio de 2016 (recurso 364/2016).

Alegación esta que necesariamente ha de decaer, por dos razones: [...]

b).- en segundo lugar, y fundamentalmente, porque si partimos de la premisa no discutida sino consensuada en cuanto a la inexistencia del puesto Jefatura de Servicio en la Unidad de Aguas que implica inexistencia fáctica de vacante dotada presupuestariamente, se ha de concluir, en la dificultad de nombramiento o investidura formal para el desempeño del citado puesto de trabajo inexistente.

Lo que no se ha producido es un nombramiento real y efectivo ni una formal investidura para el desempeño del puesto de Jefatura de Servicio de la Unidad de Aguas, por la circunstancia fundamental de que dicho puesto no existe ni aparece contemplado en la RPT del Ayuntamiento de Lugo, ni se ha producido, ni puede producirse .

SEXTO. - Por ultimo respecto a la identidad sustancial de funciones.

La jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de junio de 2007 y 21 de junio de 2011 , ha permitido" que un funcionario que desempeña funciones de categoría superior perciba las retribuciones complementarias objetivamente vinculadas al puesto de trabajo, pero para ello resulta inexcusable, en primer lugar, un nombramiento o investidura formal, y en segundo lugar que las funciones de categoría superior se realicen de forma completa, estable y exclusiva, no de modo ocasional, discontinuo o compartido... En definitiva, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se acepta el argumento de que la previsión de que habrán de abonarse las retribuciones correspondientes al puesto de categoría superior mientras lo desempeñe el funcionario no vulnera en sí lo establecido en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , pues no contradice la normativa general de la función pública teniendo en cuenta que por retribuciones del puesto de categoría superior han de entenderse necesariamente retribuciones objetivas y sólo éstas, que son las que únicamente están vinculadas al puesto y no al funcionario que lo sirve, impidiéndose de ese modo el eventual enriquecimiento injusto de la Administración, que se habría beneficiado de la actividad desempeñada por el funcionario en un determinado puesto de trabajo sin abonarle como contraprestación las retribuciones complementarias asignadas al mismo..."

No es nuestro caso.

Además, la alegación de un trato desigual que produce discriminación siempre implica la comparación con un tercero que, estando en una situación equivalente a la de quien lo alega, recibe un trato diferente. De ahí la importancia de invocar un término de comparación capaz de acreditar la identidad sustancial de funciones y que constituya el elemento de prueba que permita deducir la razonabilidad o no de la diferencia de trato.

Ello nos conduce inexorablemente a la cuestión de la carga de la prueba y la actora ha de aportar un término de comparación válido que ponga de manifiesto la existencia de esa situación equivalente a la suya propia que es objeto de un trato retributivo diferente. Se dijo en Sentencias de esta Sala de fecha 21 de diciembre de 2006 y 21 de septiembre de 2007 , y se ha reiterado, la vulneración del principio consagrado en el artículo 14 C. E . , exige, para su apreciación, que quien invoque dicha infracción aporte un término de comparación válido, demostrativo de la identidad sustancial de situaciones jurídicas que han recibido un trato diferente, sin causa objetiva y razonable, y, a su vez, dicho principio actúa como limite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación de tales características, dentro siempre de la idea de que entre situaciones idénticas, deben establecerse soluciones que también lo sean.

No es suficiente con describir las funciones propias que se vienen desempeñando y aportar a los autos una serie de informes que se han emitido en el curso de los 14 años que la actora desempeña ese puesto de trabajo de Técnico de la Unidad de Aguas, ya que para obtener una resolución favorable, hubiera sido

preciso, que otro funcionario de mayor nivel realizara sustancialmente las mismas, acreditándolo igualmente, no dándose la equiparación si sólo hay cierta similitud o se comparten algunas de ellas de forma general o esporádicamente.

No se niega el posible exceso de responsabilidad y competencia ejercidas por la actora, que la propia sentencia de instancia reconoce, y en cierto modo la administración, sin que la apelante vaya más allá en su constatación, pero, en cualquier caso, no vale a los efectos pretendidos el desarrollo ocasional, discontinuo o compartido de algunas tareas que sobrepasen los límites de las competencias asignadas a su puesto de trabajo, pues, para dar viabilidad a la pretensión actora, sería exigible, además, que esas funciones se desempeñasen de modo estable, completo y exclusivo y de una manera sustancial, y es eso lo que no consta acreditado la documental acompañada con el escrito de demanda no demuestra de forma inequívoca y bastante la "identidad sustancial" funcional existente entre las funciones asignadas al puesto ocupado por la actora y desempeñadas en exceso y aquellas que figuran atribuidas a una Jefatura de Servicio, no figura en autos documento alguno que detalle que los cometidos desempeñados en la práctica por la Sr Esther (más allá de los asignados por el Decreto 529/2003) son idénticos de una manera sustancial, como exige la más reciente jurisprudencia (véase sentencia Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 dictada en el recurso 874/2017) a los atribuidos a una Jefatura de Servicio, por lo que no existiría base ninguna para deducir que los complementos que tiene asignados el puesto que ocupa la recurrente que puntualmente viene percibiendo difieran en aquel grado, intensidad o *contenido que reclama.*"

CUARTO.- Hemos reproducido estos fragmentos de estas dos SSTSJG Sala de lo Contencioso Sección: 1 (Nº de Recurso: 443/2016- Nº de Resolución: 268/2017), de 18 de mayo del 2017, y la de igual sala y sección, (Nº de Recurso: 391/2017- Nº de Resolución: 176/2018), de 11 de abril del 2018, para explicar que si atendiésemos exclusivamente a ellas, la demanda sería desestimada. Ambas dejan claro que no basta la realización plena de las funciones superiores para obtener el reconocimiento de los derechos económicos que les corresponderían o que llevan aparejados. Ambos pronunciamientos sientan que, además, es preciso un acto de investidura formal, la adscripción formal al cargo, al puesto de nivel superior respecto del que se predicen esas funciones y esa reclamación económica, y obviamente, si tal puesto superior no existe en la RPT, difícilmente pudo haber ese nombramiento. Es lo que tenemos aquí, entiendo que la demandante supera de manera solvente el escollo atinente a la debida prueba de la realización de las funciones de nivel superior, no se trata de un desempeño puntual u ocasional, más o menos coyuntural. Se vienen desarrollando de manera constante, en ocasiones con auxilio de técnicos medios, de auxiliares, y en otras, en solitario; cuando al enunciar la lista de encomiendas que se reflejan en la guía de funciones propia del puesto de jefatura de un servicio, hemos señalado algunos supuestos que prueban su realización por la recurrente hay que aclarar que lo hemos hecho a título meramente ejemplificativo, pero hay más supuestos en la prueba documental que se acompaña a la demanda.

Además, en el caso litigioso la actora ha cumplido también con la carga de aportar un término válido de comparación, y no se ha limitado a probar la realización por

ella de las funciones superiores, sino que las ha contrastado de manera positiva con las desarrolladas por la testigo, , jefa del servicio de otro departamento.

Pero tenemos el obstáculo de la ausencia de investidura, y aun peor, no existe el puesto en la RPT, mejor prueba de que no hay adscripción al cargo de jefa del servicio por la recurrente. Y en este punto la demandante nos presenta la llave que entiendo permite una estimación general de su acción, y es la invocación que hace de la STS Sala contencioso-administrativa, sección 4 del 19 de febrero de 2020 (Sentencia: 229/2020. Rec. 4552/2017). Reproduciremos parte de su fundamento jurídico cuarto que entiendo suficiente para la solución del litigio; dice:

“CUARTO.- El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación. [...]”

En la sentencia n.º 52/2018, respondimos a la cuestión planteada, la misma que se nos ha sometido en este recurso de casación, en estos términos:

"Nadie ha discutido en todo el litigio que, efectivamente, existe una jurisprudencia consolidada según la cual al funcionario que acredita la realización de las funciones de un puesto de trabajo distinto del suyo y con retribuciones complementarias superiores se le deben satisfacer los complementos de destino y específico del que efectivamente ha desempeñado. Esa jurisprudencia no ha considerado que el significado del nombramiento en el que se detiene el escrito de oposición impidiera dar igual trato retributivo a quien realice iguales cometidos. El mismo hecho de que se haya formado y mantenido pone de manifiesto una realidad de la Administración Pública:

la existencia de supuestos en que funcionarios realizan cometidos de puestos que no son los suyos o que puestos de trabajo con el mismo contenido funcional tienen asignados complementos diferentes. Se trata, desde luego, cuando menos de una disfunción, pero es un fenómeno que se ha dado en la medida suficiente para que el Tribunal Supremo haya llegado a establecer esa doctrina.

Asimismo, debe destacarse que es una práctica imputable a la propia Administración, que es la que debe asegurar la correcta provisión de los puestos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones y crear las condiciones en las que no exista la posibilidad o la necesidad de que funcionarios destinados en un determinado puesto realicen las tareas de otro.

No es irrelevante a los efectos del debate planteado la circunstancia de que el artículo 24 del Estatuto Básico del Empleado Público no constituya un obstáculo (...). Sucede (...) que este precepto no establece un número tasado de supuestos en los que cabe retribuir complementariamente más allá de lo que corresponde a su puesto de trabajo a un funcionario. Al contrario, utiliza una cláusula abierta.

Dice así: "Artículo 24. Retribuciones complementarias.

La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
- c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo". Es significativo que diga "entre otros, a los siguientes factores" cuando el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, no lo hacía y que bajo sus prescripciones se desarrollase la jurisprudencia que se ha seguido manteniendo y que, para la Sala de Madrid, ya no permitirían los preceptos de las leyes presupuestarias. Así, pues, el verdadero obstáculo lo ofrecerían únicamente estos últimos que repiten año tras año en el periodo relevante que las tareas concretas que realicen los funcionarios no pueden amparar su retribución diferente a la que corresponde al puesto para el que se les haya nombrado. Contrastada esa prescripción con el principio de igualdad, concretado ahora en la afirmación de que a igual trabajo debe corresponder igual retribución, no parece representar el impedimento advertido por la Sala de Madrid. La realización de tareas concretas, se supone que de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se ha formado la jurisprudencia de la que se viene hablando. El dato que ha considerado es, en realidad, el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos --es la identidad sustancial la relevante-- pero a eso no se refiere la norma presupuestaria porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas. Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración" (subrayado, nuestro).

Del anterior pronunciamiento jurisprudencial extraemos que la ausencia de adscripción formal a un determinado puesto, no puede ser obstáculo para el reconocimiento de los derechos económicos que le son propios, si el funcionario acredita que ha desarrollado en su totalidad, o en sus contenidos esenciales o sustantivos, las funciones que le son inherentes. Es una consecuencia del superior principio de igualdad, de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que, entre otras manifestaciones prohíbe las discriminaciones peyorativas. Y a su vez, constituye una respuesta sancionadora a la Administración responsable de la disfunción consistente en bien la falta de creación formal del puesto en la RPT, a pesar de que materialmente se esté desempeñando, bien estando previsto, al funcionario que desarrolla sus cometidos, se le remunera de acuerdo con las retribuciones propias de un puesto de inferior categoría bajo el paraguas de un nombramiento que no se corresponde con las funciones que le han sido asignadas. QUINTO.- Entonces, volviendo la vista sobre el supuesto litigioso, hemos de rebatir los alegatos de la demandada en cuanto que la creación del puesto, jefatura del servicio en el de normalización lingüística, constituya una decisión organizativa libre, que no se le pueda imponer, como se sostuvo literalmente en sede conclusiones. Y lo rebatimos recordando mandatos de nuestra Constitución como los contenidos en el art. 9.3 cuando afirma:

"La Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"

Y 103.1:“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

Legalmente, son artículos como el 202 de la LEY 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (en adelante, L 2/15), el que impone:

“Las entidades locales deberán elaborar una relación de puestos de trabajo que contenga todos los puestos de trabajo existentes en las mismas.”

En parecidos términos el art. 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), cuando dice:

“Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores.”

Concluimos pues que la RPT no puede ser ajena a la realidad de los puestos de trabajo existentes en la organización administrativa y si uno existe y se desempeña de manera efectiva, debe definirse y plasmarse en ella, como el caso de nuestra jefatura del servicio, sin que quepa escudarse la demandada ni en la disponibilidad presupuestaria, como apuntaba la STS comentada, ni en que la Ordenanza no lo exige, puesto que ya vimos que carece de previsión de organización del servicio. Menos aun puede la demandada dar la callada por respuesta a las numerosas reclamaciones que se le han dirigido en esta dirección que ha sido lo denunciado por los informes jurídicos que se han aportado como prueba por la actora. El de diciembre del 2019, se refiere expresamente a una carencia del expediente (de modificación de la RPT), que debe ser subsanada en su tramitación, en cuanto a la necesaria motivación sobre la creación del puesto que se reclama, sea en un sentido, o en otro. Destaca que existiendo un informe técnico favorable a su plasmación, no se ha seguido de una propuesta al respecto, que a la postre es lo que constituye uno de los objetos litigiosos de este pleito. El segundo informe jurídico de la demandada, de mayo del 2020, se reitera y remite a lo ya expuesto, y recuerda que la potestad autoorganizativa de la que goza la Administración, no excluye la obligación de dar una respuesta motivada respecto de una reclamación como la que formula la recurrente, ni es tan omnímoda que pueda prescindir ni de los contenidos normativos, ni menos de la realidad que contempla, añadimos nosotros.

Recapitulando, la demanda se estima en cuanto a la declaración de la disconformidad a Derecho del doble silencio, desestimatorio, en el que ha incurrido la demandada, al no dar respuesta solicitud de la actora realizada el 26 de junio del 2019, y al no contemplar en la modificación puntual de la RPT (publicada en el BOPP, de 8 de julio del 2020), lo interesado por la actora en su solicitud de 11 de enero del 2017.

Se estima la demanda en cuanto se reconoce la obligación de la demandada a modificar su RPT para incluir el puesto de jefatura del servicio de normalización lingüística, definiéndolo con un contenido igual al propuesto en el informe confeccionado por el departamento de recursos humanos municipal, de 27 de

noviembre del 2018, que propuso la siguiente configuración retributiva: A1, CD 26, CE 660, en similitud con otras jefaturas, o incluso técnicos de servicios. Y condenamos a la demandada a materializar dicha modificación en su RPT. Pero se desestima la pretensión actora de que con esa modificación, se produzca la adscripción de la recurrente directamente a la jefatura del servicio, ya que entiendo que el puesto debe proveerse ordinariamente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 78 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP).

SEXTO.- Nos queda la pretensión económica. La resolveremos, como adelantamos, de forma estimatoria, aunque también parcial y siguiendo o tomando de cabecera lo expuesto en la STS Sala contencioso-administrativa, sección 4 del 19 de febrero de 2020 (Sentencia: 229/2020. Rec. 4552/2017), que validó lo resuelto por la sala del TSJ de Madrid que, a su vez, reconoció la pretensión actora, en estos términos:

“La sentencia ahora recurrida acogió las pretensiones de la Sra. Rosalia, anuló la resolución impugnada y le reconoció el derecho a percibir las diferencias retributivas por los complementos de destino, específico (general y singular) y de productividad del puesto de "Personal Técnico", respecto de los de auxiliar analista "Especialista Policía Científica", a partir del 1 de octubre de 2011, más los intereses desde la reclamación administrativa. Asimismo, le reconoció el derecho a percibir esas diferencias en lo sucesivo mientras se mantengan las mismas circunstancias de *desempeño*.”

La misma solución acogemos en el presente caso (salvo los intereses, que no se han pedido), reconociendo el derecho de la recurrente a que se le abonen las diferencias retributivas que le corresponden y resultan de las que se pudieran derivar del contraste entre un puesto como el que hemos dejado señalado, A1, CD 26, CE 660, y las cantidades que ha percibido como técnica del servicio. Con el derecho a continuar percibiendo esas cantidades que se determinarán en ejecución de la presente sentencia, en tanto continúe desarrollando las funciones que viene desempeñando de jefatura del servicio, en tanto no se cree y provea de manera efectiva dicho puesto.

En cuanto a la retroacción de los efectos de la pretensión, hay que acoger la excepción apuntada por la demandada de la prescripción, y no es posible atender a un reconocimiento que se retrotraiga al año 2012. Como es sabido, el art. 25 de la Ley general presupuestaria (en adelante, LGP), establece un periodo de cuatro años al respecto y entiendo que es el máximo alcance que debe tener la proyección de la reclamación actora.

Ahora bien, el dies ad quem, de dicho plazo entiendo que debe ser el de la fecha de la reclamación cuya desestimación presunta constituye una de las actividades impugnadas en este litigio, esto es, la de su solicitud de 11 de enero del 2017, en la que expresamente reclamaba el reconocimiento de sus funciones como jefa del servicio, también en el plano económico. Entonces, el dies a quo del plazo de cuatro años al que nos referíamos, será en enero del 2013, considerando prescritas las cantidades a que se hubiese tenido derecho, en tiempo atrás.

SÉPTIMO.- En lo que a las costas del proceso se refiere, en el artículo 139.1 LJCA, se establece el principio de vencimiento objetivo, y que no se impondrán a ninguna de las partes cuando existan dudas de hecho, o de derecho. Y esto último resolveremos en atención a las dudas que pudieran suscitar precedentes como las SSTSJG estudiadas, así como a partir de la consideración de que la estimación de la demanda no es total.

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

FALLO

Estimo esencialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora María Rosa Marquina Tesouro, en nombre y representación de _____, frente al Concello de Vigo y declaro la disconformidad a Derecho, anulo y revoco:

- La desestimación presunta de la solicitud realizada el 26 de junio del 2019.
- La ausencia en la resolución publicada en el BOPP, de 8 de julio del 2020, que supuso la aprobación definitiva de la modificación puntual de la relación de puestos de trabajo (en adelante, RPT), en la exclusiva parte que no atiende lo interesado por la actora en su solicitud de 11 de enero del 2017.

Condeno al Concello de Vigo a la modificación puntual de su RPT para incluir el puesto de jefatura del servicio de normalización lingüística, definiéndolo con un contenido igual al reflejado por la guía de funciones, y una configuración retributiva: A1, CD 26, CE 660.

Condeno al Concello de Vigo a abonar a _____, las cantidades derivadas de las diferencias retributivas que resultan del contraste entre las propias de un puesto A1, CD 26, CE 660, y las cantidades que ha percibido como técnica del servicio, desde enero del 2013. Con el derecho a continuar percibiendo esas cantidades que se determinarán en ejecución de la presente sentencia, en tanto continúe desarrollando las funciones que viene desempeñando de jefatura del servicio, y no se cree y provea de manera efectiva dicho puesto.

En lo demás, se desestima la demanda.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de 15 días ante este mismo Juzgado, para su posterior remisión al Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo