



Roj: **STSJ AS 2425/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2425**

Id Cendoj: **33044330012017100656**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2017**

Nº de Recurso: **108/2017**

Nº de Resolución: **654/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JULIO LUIS GALLEGO OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00654/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº: 108/2017

APELANTE: CONSORCIO PARA ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN LA ZONA CENTRAL DE ASTURIAS; D. Alberto , D. Benigno

PROCURADORES: D^a M^a José Pérez Álvarez del Vayo; D^a Concepción González Escolar; D^a Eva Cortadi Pérez

APELADO: D. Alberto ; CADASA, D. Elias

PROCURADORES: D^a Concepción González Escolar, D^a M^a José Pérez Álvarez del Vayo; D^a Purificación Marcos Gegude

SENTENCIA DE APELACIÓN

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Julio Luis Gallego Otero

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a diecisiete de julio de dos mil diecisiete.

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 108/2017, interpuesto por el CONSORCIO PARA ABASTECIMIENTO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN LA ZONA CENTRAL DE ASTURIAS; D. Alberto , D. Benigno , representados por los Procuradores D^a M^a José Pérez Álvarez del Vayo; D^a Concepción González Escolar; D^a Eva Cortadi Pérez, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Oviedo, de fecha 29 de diciembre de 2016 , siendo parte Apelada D. Alberto ; CADASA, D. Elias , representados por los Procuradores D^a Concepción González Escolar, D^a M^a José Pérez Álvarez del Vayo; D^a Purificación Marcos Gegude. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julio Luis Gallego Otero.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Abreviado nº 129/16 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de los de Oviedo.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2016 . 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 13 de julio pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las partes recurrente y codemandadas formulan recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo el 29 de diciembre de 2016 , que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 18 de marzo de 2016 de la Junta de Gobierno del Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento del Principado de Asturias, que acuerda el nombramiento del Gerente, que se declara nula por ser disconforme a derecho, desestimando el recurso en todo lo demás.

Con la interposición del presente recurso el Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento del Principado de Asturias y la parte codemandada que fue nombrado para el referido puesto pretenden que se revoque la sentencia del juzgado a quo, y declarando que la resolución de 18 de marzo de 2016 de la Junta de Gobierno del Consorcio se ajusta a derecho.

La misma petición revocatoria hace la parte recurrente para que se declare la nulidad, anule o revoque el acto administrativo objeto de recurso y, en consecuencia, condene a la Administración conforme a lo solicitado en la instancia.

SEGUNDO.- En el examen de los diferentes recursos de apelación presentados contra la sentencia de instancia con las correspondientes oposiciones, vamos a desglosar los que postulan la legalidad del acto recurrido del que defiende su nulidad, y con ellos la revocación de la sentencia de sentencia en función de sus respectivas pretensiones formuladas en la instancia.

La primera parte apelante muestra su disconformidad con la sentencia de instancia por la exclusión del aspirante nombrado, puesto que el juzgador de instancia omite las bases de la convocatoria que exigen la experiencia en un puesto directivo de entidades relacionadas con la gestión de infraestructuras públicas de abastecimiento, saneamiento o depuración de aguas, y realiza una interpretación de este requisito que excede de sus funciones y es más restrictiva y contraria a la realizada por la Comisión de Selección y refrendada por la Junta de Gobierno del Consorcio, con base a nuevos elementos sobre altos cargos en la Administración y el organigrama de las empresas públicas en las que trabajo el aspirante nombrado gerente, para lo cual aplica una normativa no vigente entonces del servicio y se entremezclan cuestiones laborales y funcionariales, fijando que los aspirantes deberían acreditar su experiencia como directivos con contrato de alta dirección, lo que vislumbra un error de concepto entre alto cargo o alta dirección con directivo. En segundo lugar se equivoca la sentencia apelada al concluir que el cargo debe ser de Subdirector General y respeto que el nombrado no lo era cuando figura acreditada su condición de Subdirector de Explotación y certificadas sus funciones, y que se trata de un puesto con responsabilidades directivas.

En parecidos términos se fundamenta el recurso interpuesto por el aspirante nombrado gerente que inciden en las infracciones señaladas en el párrafo anterior al existir argumentos de orden material y legal para delimitar la condición de Directivo respecto de quien ejerce determinadas funciones directivas en aquellas áreas y/o ámbito técnicos empresariales de indiscutible importancia en la vida de las entidades conforme a su organigrama, que las mismas están claramente diferenciadas respecto de aquellas otras funciones inherentes a la condición de alto directivo o alta dirección delimitada en el artículo 1.2 del R.D. 1382/1985 . Y que conforme a las certificaciones aportadas por esta parte la misma ha ejercitado funciones directivas en puestos directivos, concurriendo asimismo la gestión de proyectos, de personal y financiera, sin que se pueda imponer que la consideración de directivo venga exclusivamente definida por el hecho de estar vinculado a puesto directivo mediante contrato laboral especial de alta dirección, imperativo desde el 7 de marzo de 2012, aunque sin justificación legal que retrotraiga ese criterio y esa exigencia a los puestos y periodos en que presto los servicios .



TERCERO. - Frente a la tesis de los referidos apelantes reseñado en el fundamento precedente, la parte apelada demandante defiende la exclusión y la valoración del mérito cuestionado del aspirante seleccionado realizada por la sentencia de instancia al no cuestionar ni negar la competencia de la comisión para interpretar o aplicar las bases, ni que su interpretación no sea ajustada a derecho, sino que se limita a comprobar la aplicación de los criterios previa valoración de la prueba practicada.

Desglosado este motivo de impugnación en los aspectos formal y materia. Desde el primero no se cierto que Juzgador de instancia haya desconocido las competencias del órgano de selección en la interpretación de las bases fijando criterios para admisión y valoración de los aspirantes de acuerdo con los requisitos y méritos establecidos en las bases, sino que en aplicación de éstos considerando como puesto directivo en el ámbito de la Administración a los Directores Generales y Subdirectores, ha revisado este acto al cuestionar la parte recurrente que el seleccionado hubiera desempeñado puestos directivos, para lo cual ha valorado las certificaciones aportadas y las pruebas practicadas sobre los puestos desempeñados en sociedades estatales, concluyendo que no se corresponden con los mismos.

Y respecto del segundo relacionado con la deducción judicial que el codemandado no debió ser admitido por cuanto no reunía el requisito de los cinco años mínimos de experiencia en puestos directivos, debe analizarse si resulta ilegal y errónea identificar al personal directivo con los Directores Generales y Subdirectores, y si los puestos desempeñados por el aspirante nombrado se corresponden con los mismos.

Controversia sobre el concepto cuestionado no definido en las bases de la convocatoria, que debe solventarse con remisión a la normativa básica y reglamentaria que lo contempla. De este modo la Ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, extiende su ámbito de aplicación al personal de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y en el art. 13 dispone que es personal directivo de las Administraciones y centros de ellas dependientes aquél que se califica como tal en la normativa correspondiente en atención a las funciones directivas que lleva a cabo, y que, en caso de ser laboral, su relación es de alta dirección ". El artículo 6 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado , 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que regula las entidades públicas empresariales y atribuye el carácter de órgano directivo a los Subsecretarios y Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales y Subdirectores Generales.

Hay que estar por tanto al desarrollo del régimen específico de este personal. El art. 1.2. del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto , por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección dispone que: "Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

El Real Decreto 451/2012, que modifica el anterior y efectúa una regulación de lo que el EBEP considera personal directivo profesional usando la previsión que establece el art. 13 de tal norma, en su artículo 1º, indica el ámbito personal de esta relación, distinguiendo: a) máximo responsable: el presidente ejecutivo, el consejero delegado de los consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración, o en su defecto el director general o equivalente y en las sociedades estatales si no se confía la administración el máximo responsable es el administrador; y b) directivos: «son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos de gobierno o administración o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones emanados del máximo responsable... cuando las funciones de presidente y director general o equivalente sean ejercidas por dos personas diferentes la dependencia podrá tener lugar indistintamente respecto del presidente o del director general o equivalente ».

De acuerdo con la regulación precedente y la doctrina que la interpreta y aplica es personal directivo de las Administraciones y centros de ellas dependientes aquél que se califica como tal en la normativa correspondiente en atención a las funciones directivas que lleva a cabo, y que, en caso de ser laboral, su relación es de alta dirección. Es decir, el directivo del sector público se caracteriza por ejercitar funciones separadas con autonomía y responsabilidad formando parte del consejo de administración de los órganos superiores de gobierno o administración o bajo su dependencia o la del máximo responsable. En todo caso para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección, que la prestación de servicios haya de ejercitarse asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma, y que "el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la



responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que, normalmente, habrá de entenderse excluido del ámbito de aplicación del RD 1382/1985 y sometido a la legislación laboral común, aquellos que reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, ya que la calificación de alto cargo requiere la concurrencia de las circunstancias expuestas, en tanto que definitorios de tal condición, a tenor del repetidamente citado art. 2.1.

Sentado cuanto antecede, resulta conforme a derecho el criterio de la Comisión de Selección de considerar personal directivo de las empresas públicas al Director General y al Subdirector, al reunir las características específicas de esta relación especial, que en caso de tener relación laboral, es de alta dirección. Definición que no se basa en elementos nuevos introducidos por la normativa posterior para aplicarla retroactivamente, sino que basa en la interpretación de las características de estos puestos y que la regulación posterior consagra.

Aplicada la doctrina expuesta al caso presente, debemos concluir con el juzgador de instancia que el aspirante nombrado no es un directivo del sector público en los términos definidos por la citadas normas, en tanto como afirma la parte apelada no se pueda negar valor probatorio e interpretativo a los organigramas de las sociedades estatales para las que trabajo aspirante nombrado gerente y según éstos la denominación de los puestos desempeñados por el mismo no se corresponde con el puesto directivo establecido en las bases de la convocatoria. Concepto que debe ser objeto de interpretación estricta y restrictiva para no infringir los principios de acceso a la función pública.

CUARTO.- Para la parte apelante-demandante la sentencia incurre en el error por no admitir que la tardía introducción por la comisión de selección del criterio de valoración de uno de los méritos aportados por esta parte, que no se hizo para el resto de los méritos de experiencia profesional de idéntica redacción, lo que supone una vulneración de los principios de igualdad y de transparencia que han de primar en todo proceso selectivo, lo que supone una actuación torcida y predeterminada hacia el nombramiento de uno de los aspirantes y en perjuicio de otro. No es cierto como afirma la sentencia apelada que ese mérito no se alegara, cuando en la instancia se invocaba esa experiencia, refiriendo instalaciones y periodo, y que la misma era conocida por uno de los miembros de la sociedad convocante. En todo caso, no se le dio a este aspirante la posibilidad de subsanación cuando en el presente supuesto no se habían determinado previamente como debían determinarse los méritos y requisitos. E incongruencia omisiva por falta de respuesta a una de las cuestiones planteadas con la consiguiente indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

A las alegaciones anteriores oponen las partes apeladas que no se debe predicar la igualdad de situaciones desiguales, ya que por su contenido, la elaboración de presupuestos y el cálculo de costes, así como la contratación pública no exige la individualización que precisa la dirección técnica de explotación de infraestructuras hidráulicas. En todo caso, el apelante no acredita experiencia de dirección técnica de explotación, no ya por años, ni siquiera de instalaciones como resulta de su solicitud de participación en el proceso selectivo, puesto que de los cinco criterios de experiencia, alega tres méritos en el primero, tercero y cuarto, todos ellos objeto de puntuación, además comete el error de confundir al Dirección Técnica de la Confederación y por tal cargo la Presidencia de las Juntas de Explotación, con la efectiva Dirección Técnica de la explotación de concretas infraestructuras hidráulicas. No procede en este caso la subsanación al estar en presencia de méritos no de requisitos de participación, que esa posibilidad flexibilizada por la jurisprudencia se refiere a un mérito acreditado aunque insuficientemente acreditado, y si la Comisión dio esa oportunidad a otros opositores lo hizo para dar por cumplimentado el requisito de participación. Y no concurre la incongruencia omisiva al referirse a una pretensión introducida por el actor en el acto de la vista por carecer de la experiencia baremada en la Dirección Técnica de explotaciones hidráulicas un opositor, introducción que vulnera los artículos 33, 56 y 78 de la Ley Jurisdiccional. Correcta valoración de la experiencia en la dirección técnica de explotación de infraestructuras hidráulicas invocada y acreditada por el referido opositor.

Examinados los motivos de apelación invocados por esta parte apelante, procede su desestimación y basta para ello la remisión a los acertados razonamientos de la resolución recurrida con base en el presupuesto esencial que el citado mérito no fue específicamente alegado ni acreditado, no bastando la asociación al puesto de dirección desempeñado por el demandante en la Confederación Hidrográfica, pues al margen del conocimiento de este hecho el mérito está vinculado a concretas explotaciones y periodos de tiempo que hubieran exigido la correspondiente aportación documental, sin que la Comisión de Selección pueda suplir el cumplimiento de esta obligación al albur de la subsanación, que tiene lugar para otros supuestos como tiene declarado con reiteración esta Sala en la sentencia que cita una de las partes apeladas.

Con la precisión anterior no estamos ante méritos iguales para tachar de discriminatorio y en perjuicio de esta parte la actuación del órgano de selección, en tanto, en un caso se refería a los requisitos, y en el otro devenía innecesario por las consideraciones precedentes.



Y para finalizar procede desestimar la alegación relativa a la incongruencia y basta para ello tener en cuenta las pretensiones formuladas por la parte demandante y que la alteración de las mismas en el acto de la vista está proscrita por alterar los términos de la relación jurídico-material, de ahí que resulte justificado el silencio del juzgador y que este Tribunal no se pronuncie sobre esta nueva pretensión.

QUINTO.- Debido a la desestimación respectiva de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de instancia y que las partes han asumido la doble posición no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada. E imponiendo por igual y terceras partes a las partes apelantes las devengadas por el codemandado Elías al haber sido desestimados los recursos de apelación sin que concurren circunstancias especiales para hacer un pronunciamiento diferente al del vencimiento objetivo. Se limita el importe de las costas a la cantidad de 600 €.

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 doña María José Pérez Álvarez del Vayo, Doña Concepción González Escolar y Doña Eva Cortadi Pérez, Procuradores de los Tribunales, en nombre y representación del Consorcio para el Abastecimiento de Agua y Saneamiento en el Principado de Asturias, don Alberto y de don Benigno , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo el 29 de diciembre de 2016 . Con imposición de las costas devengadas en la alzada a las partes apelantes en los términos establecidos en la presente resolución.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

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