

**ASUNTO: INFORME SOLICITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE \_\_\_\_\_ "SOBRE SOLICITUD DE FUNCIONARIO PARA QUE SE LE ABONE LA DIFERENCIA EXISTENTE EN LAS RETRIBUCIONES COMPLEMENTARIAS (COMPLEMENTO DE DESTINO Y ESPECÍFICO) ENTRE EL GRUPO C Y EL A1 HASTA QUE EL PUESTO DE TESORERO SEA OCUPADO POR UN FUNCIONARIO DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARACTER NACIONAL"**

**0337/18**

**E**

**\*\*\*\*\***

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Alcalde/sa del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente

## **INFORME**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito de la Sr/a. Concejala/a de Personal del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, solicitando informe en relación con el asunto:

"Con fecha 17 de marzo publica el BOE, número 67 el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local.

Y en base a esta publicación nos llega esta solicitud del actual Tesorero del Ayuntamiento

*y sobre la solicitud que dice:*

"D. \_\_\_\_\_, con NIF, n.º \_\_\_\_\_, funcionario de este Ayuntamiento, ejerciendo las funciones de Tesorero Municipal, tiene a bien EXPONE

---

*Que las funciones de Tesorero Municipal las viene ejerciendo desde el día \_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, por acuerdo de la entonces Comisión Municipal de Gobierno de fecha \_\_ de \_\_\_\_ del mismo año.*

*De la misma manera figura en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de este Ayuntamiento, según acuerdo adoptado por el Pleno en sesión celebrada el día \_\_ de \_\_ de \_\_\_\_ y Resolución de la Alcaldía de fecha \_\_ del mismo mes y año.*

*Las cuantías retributivas que viene percibiendo el que suscribe son las correspondientes al grupo C, subgrupo C1, teniendo asignado el nivel 22 a efectos de Complemento de Destino.*

*Con fecha 17 de marzo del corriente año se publica en el Boletín Oficial del Estado, número 67, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.*

*El mismo dispone en el artículo 14, que en las Corporaciones Locales cuya Secretaria esté clasificada en primera o segunda clase, existirá un puesto de trabajo denominado Tesorería (...) que estará reservado a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nación de la subescala de Intervención-Tesorería, aplicable por tanto a este Ayuntamiento.*

*El artículo 18.3 regula "A efectos de lo establecido en el artículo 76, del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, aprobado por Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, las tres subescalas en que se estructura la escala de habilitación de carácter nacional se integran en el grupo A, subgrupo A1*

*Por todo lo hasta aquí expuesto ,  
SOLICITA*

*Que teniendo por presentado el presente escrito en tiempo y forma, le sea asignado con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto 128/2018, antes mencionado, la diferencia existente en las retribuciones complementarias (complemento de destino*

y específico) entre el grupo C y el A1 hasta que el puesto de tesorero sea ocupado por un funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional, al igual que se viene realizando en los puestos de trabajo que se encuentran en la misma situación ”

### **LEGISLACION APLICABLE**

- Real Decreto 1732/1994, que regulaba el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional,
- Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

### **CONSIDERACIONES JURIDICAS**

PRIMERA.- El artículo 33 Real Decreto 1732/1994, que regulaba el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, disponía: «Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente Real Decreto, las Corporaciones Locales podrán nombrar con carácter accidental a uno de sus funcionarios suficientemente capacitado».

En la actualidad el artículo 52 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que deroga el anterior en su apartado 1º dispone: “Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente real decreto, las Corporaciones Locales podrán solicitar a las Comunidades Autónomas el nombramiento, con carácter accidental, de uno de sus funcionarios con la preparación técnica adecuada y, siempre que sea posible, que pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria. En las Corporaciones Locales de más de 5.000 habitantes, en todo caso, será un funcionario de carrera perteneciente al subgrupo A1.”

SEGUNDA.- En cuanto a las retribuciones del funcionario propio que por vacante de puesto reservado a funcionario con habilitación nacional desempeña accidentalmente el mismo, **en principio no existe ninguna norma que expresamente nos diga las retribuciones que corresponden al funcionario en cuestión**, No obstante, si como nos dicen está realizando de hecho dichas funciones del puesto de

Tesorero, la doctrina jurisprudencial viene manteniendo que se puede generar el derecho de **compensación económica por el desempeño de funciones de superior categoría.**

A este respecto, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 2011 (rec. 2488/2009)*, mantiene que si un funcionario desempeña funciones de categoría superior debe cobrar por ello, ya que lo contrario sería un enriquecimiento injusto, y que las retribuciones a percibir son las objetivamente vinculadas al puesto de trabajo (complemento específico y destino), salvo las retribuciones propias del cuerpo o grupo, tal como el sueldo o trienios. Así señala la sentencia: «...Y es que resultaría contradictorio que la Administración le reconociera a un funcionario capacidad o actitud suficiente para el desempeño provisional de un determinado puesto de trabajo y, simultáneamente, le negara los derechos económicos vinculados a ese mismo puesto, pudiendo llegar, incluso, a producir un resultado de difícil justificación desde la perspectiva del principio de igualdad al generar una situación de diferencia retributiva a pesar de que el cometido funcional estuviera referido a idénticas actividad y funciones».

Ahora bien, como ha manifestado la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de Mayo del 2011 ( Rec. 1770/2008)*: «Pero para que se perciban las retribuciones propias del puesto de superior categoría solicitadas, deberá estar acreditado que el funcionario efectivamente desempeña, cualquiera que sea la forma de adscripción, el puesto que tiene un nivel retributivo superior al que le está asignado en el puesto del que el funcionario es titular. En este sentido apuntaremos que esta Sala ha admitido en varias ocasiones la figura del ejercicio de funciones de hecho distintas a las propias del puesto de trabajo desempeñado, lo que, y por razón del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, habrá de dar lugar a una indemnización a favor del funcionario que realice tales funciones; mas para ello será preciso que quien alega que concurre esa situación cumpla con la carga de probarla, así como también que exista algún acto en que se le encomienden tales funciones, o, cuando menos, que dicha situación, siquiera, haya sido autorizada, consentida u ordenada por la vía de los hechos por un superior, que es lo que le habilitará para su prestación efectiva. Y una vez ello cumplido, no cabrá oponer la inexistencia de nombramiento oficial en un puesto que no lo tiene asignado, ni tampoco que lo impiden las correspondientes dotaciones presupuestarias, ya que, como decimos, lo realmente decisivo es la efectiva prestación de las funciones correspondientes al puesto de trabajo que por concurrir en él determinadas particularidades tiene reconocidos los complementos en una determinada cuantía».

Por ello, para generar el derecho al percibo de las diferencias retributivas reclamadas, **sería necesario que se acreditara que el funcionario desempeña las funciones del puesto de superior categoría, que dicha atribución se haya formalizado mediante el oportuno acto administrativo y que el funcionario asuma la totalidad de las funciones del puesto;** en caso contrario, entendemos que sólo generaría el derecho del funcionario a percibir una indemnización o compensación que paliara el enriquecimiento injusto que se generaría para la Administración.

En tal situación el trabajador **continuará percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo de origen**, no obstante tendrá derecho a la percepción de una indemnización o compensación económica que, en opinión del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de septiembre de 2009, sólo puede provenir a través de la figura del complemento de productividad, ya que el mismo es un concepto retributivo de carácter subjetivo dirigido a retribuir las especiales circunstancias que se den en un determinado funcionario, como son, según lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, el especial rendimiento, la actividad extraordinaria, el interés e iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, sin vinculación objetiva al puesto de trabajo. La determinación y cuantificación de dicha productividad corresponderá al órgano de gobierno competente, en función de circunstancias objetivas relacionadas con el desempeño de las funciones del puesto y los objetivos asignados al mismo.

Por todo ello, entendemos que en la situación planteada, si bien no es procedente la atribución a funcionarios del desempeño de funciones propias de puestos de un grupo superior, puesto que es necesario que el funcionario en quien recaiga el nombramiento pertenezca al mismo cuerpo y grupo o categoría que habilita al desempeño de dicho puesto; no obstante, **si el funcionario está realizando de hecho funciones superiores, la entidad debe compensar o indemnizar económicamente a este empleado**, de forma que paliara el enriquecimiento injusto que se generaría para la Administración en caso contrario.

TERCERA. Ahora bien, si dicha atribución de funciones de categoría superior se formalizó mediante un acuerdo o acto administrativo en el que se establecían las retribuciones o compensaciones económicas que procedían por tal desempeño, aunque inferiores a las propias del puesto superior, sin que mediara recurso el tiempo y forma por parte del funcionario que consintió así con dicho régimen; en nuestra opinión, no procede que ahora, transcurridos unos años desde dicho acuerdo, el funcionario reclame unas diferencias retributivas que en el momento en que se acordaron no reclamó, asumiendo así las establecidas en dicho momento. Debió haber impugnado dicho acuerdo en el momento procesal correspondiente, mediante recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes a contar desde el siguiente a su notificación, ante el mismo órgano que dictó el acto, como dispone el artículo 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados en la misma forma ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, con arreglo a lo señalado en los artículos 8.1, 25.1 y 46.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Al no hacerlo se constituye en un acto consentido por el funcionario que no podrá reclamar contra el mismo.

## **CONCLUSIONES.**

**Primera.** El desempeño temporal por un funcionario de un puesto de funcionario de categoría superior o el **ejercicio de funciones superiores debe estar**

**asignado de forma legal y con indicación de la figura jurídica que la ampara**, debiendo asimismo formalizarse mediante **acto administrativo expreso**. En caso contrario, estaríamos ante una actuación de hecho aceptada por el funcionario, que no daría lugar a ningún derecho económico ni administrativo.

En función del tipo de nombramiento que habilite el ejercicio de las funciones superiores, variará el tipo de compensación económica que tendrá derecho a percibir el funcionario, desde la percepción de los complementos retributivos vinculados al puesto de superior categoría que se ocupe -si bien en este caso sólo procederá en los supuestos en que tal posibilidad tenga el amparo normativo correspondiente-, hasta la percepción de un complemento de productividad o la mera indemnización por razón de la atribución temporal de funciones.

**Segunda.** A la hora de calcular la cantidad correspondiente devengada por el ejercicio de esas funciones de superior categoría, si la designación se hace por un período completo ("x" número de semanas, por ejemplo), ello debe incluir también los períodos de descanso retribuíbles comprendidos dentro de ese período temporal.

El **cálculo de la nómina** se realizaría de la siguiente manera:

— **Sueldo Base:** El que le corresponda al funcionario accidental según su categoría profesional (en este caso, entendemos que grupo C).

— **Complemento específico y de destino, el que correspondan al Titular**, por las condiciones objetivas de responsabilidad.(**ninguna Ley nos obliga a ello**).

Por último sí tendría derecho al prorrateo de la paga extra, según los complementos citados, ya que las pagas extras se devengan durante el período anual no en el momento en el que se perciban.

En resumen por una interpretación literal del artículo 52 del Real Decreto 128/2018, nos lleva a la conclusión de que no existe pronunciamiento Legal o reglamentario expreso sobre las retribuciones que tienen derecho a percibir los funcionarios que ejercen de manera accidental las funciones propias de Tesorería, y en su caso, si lo fuera de Secretaria o de Intervención Municipales. No obstante, por el carácter objetivo de los complementos de destino y específico en cuanto inherentes al puesto de trabajo con independencia de quién sea su titular, **debe tener derecho a percibir la diferencia de complementos específico y de destino**, sin perjuicio de las limitaciones presupuestarias que nos pudiéramos encontrar por falta de crédito adecuado y suficiente.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la

válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz 2018