



Roj: **ATS 12806/2020 - ECLI:ES:TS:2020:12806A**

Id Cendoj: **28079130012020202048**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **4954/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5335/2018,**
ATS 12806/2020

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 10/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4954/2018

Materia: FUNCION PUBLICA Y PERSONAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 4954/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. César Tolosa Tribiño, presidente
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D^a. Inés Huerta Garicano
D. Ángel Ramón Arozamena Laso
D. Dimitry Berberoff Ayuda
En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

HECHOS

PRIMERO. - Por Resolución de la Dirección General de Función Pública de 29 de Febrero de 2016, se resolvió el **concurso** unitario convocado resolución de 27 de Octubre de 2015, de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional correspondiente al año 2015, en el que se incluye como vacante la Tesorería del Ayuntamiento de Picassent, ello pese a estar ocupada por funcionaria municipal, en virtud de reconocimiento de situación jurídico-individualizada mediante sentencia nº 1459/1991; así como contra la desestimación presunta por silencio administrativo, y posteriormente expresa, del requerimiento de anulación de la convocatoria, efectuado por la Alcaldía el día 9 de Febrero de 2016 .

Diversos puestos de tesorería de Ayuntamientos con secretaría clasificada en clase 1^a, que venían siendo desempeñados por funcionario de la Corporación, mediante autorización excepcional al amparo de la DA 3^a del RD 1732/1994, se incluyeron en el **concurso** unitario de traslados convocado por Resolución de 27 de octubre de 2015, de la Dirección General de la Función Pública (BOE de 18 de noviembre).

Frente a la inclusión de ese puesto se dirigió el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Picassent, ya que el puesto de tesorero venía desempeñándolo una funcionaria en virtud de sentencia judicial, dictándose sentencia estimatoria por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2018, en el recurso número 508/2016.

Señala la sentencia recurrida que, la tesis principal del recurso (complementada con otras secundarias) es que el puesto controvertido no se encuentra vacante y, en consecuencia, no podía ser incluido en la convocatoria, pues viene siendo ocupado por Resolución de la Alcaldía, con autorización excepcional de la Junta para el desempeño de dicho puesto, a consecuencia de sentencia judicial.

La Sala territorial recuerda que ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la cuestión debatida y, tras la exposición de la normativa que entiende aplicable, argumenta que, "a partir de la introducción del artículo 92 bis de la LBRL por la LRSAL, sería al legislador estatal a quien corresponda determinar la posibilidad del desempeño del puesto de tesorero por funcionario sin habilitación estatal. Se trataría de una norma de carácter básico competencia del Estado (cfr. Art. 149.1.18 CE y STC 214/1989). Con la actual redacción de la LBRL (art. 92. bis), no hay duda de que esta posibilidad carece de apoyo normativo, ya que no se contempla excepción ninguna a la regla de que las funciones de tesorería queden reservadas a funcionarios con habilitación nacional. Pero aun admitiendo lo anterior, el problema queda sin resolver, pues ello no significa que desde la entrada en vigor de la Ley 27/2013 deban considerarse sin efecto y automáticamente extinguidas las autorizaciones excepcionales otorgadas con arreglo al régimen anterior, como una derogación con efectos retroactivos de la DA 3^a o como cesación de eficacia de la autorización excepcional. Otorgar este efecto radical a la evidente antinomia que surge tras la entrada en vigor del art. 92. Bis de la LBRL precisa de un examen más detallado".

Añade la sentencia que "según el Abogado del Estado a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, que adiciona el artículo 92.bis) a la Ley 7/1985 , reguladora de las bases del régimen local, resulta de futuro inoperativa la cobertura excepcional de puestos prevista por la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994 porque, dada su excepcionalidad, no puede entenderse que el funcionario de la Corporación que desempeña el puesto tenga derecho a permanecer en él, al ser esa forma de cobertura era transitoria y no definitiva. Ahora bien, lo excepcional y lo provisional o transitorio no son términos equivalentes. La excepcionalidad de la autorización del ejercicio de las funciones propia de tesorería por funcionario no habilitado que contemplaba la DA 3^a, no significa que el ejercicio del puesto por funcionario local, una vez autorizado, fuera provisional o transitorio. Es decir, el funcionario de la administración local así nombrado no dispone de un nombramiento provisional o interino de manera que la plaza así provista no está vacante, sino cubierta por el cauce excepcional previsto. Más aún, los nombramientos provisionales (acumulaciones, comisión de servicios, nombramientos accidentales, provisionales y nombramientos interinos) se contemplaban en el capítulo VI (los arts. 30 a 34) del R.D. 1732/94 ,



para los que el art. 35 prevé que cesen cuando el puesto de trabajo sea provisto por alguna de las modalidades previstas en el Art. 10.1 del citado RD; estos supuestos pueden diferenciarse de los nombramientos amparados en la DA3ª que queda fuera del marco de aplicación el citado Art. 35 al no formar parte del Capítulo VI".

Se concluye que "Todo ello determina la estimación del recurso, pues sin perjuicio de las facultades del legislador estatal, y sin perjuicio asimismo de lo que pueda establecer el Real Decreto de desarrollo del artículo 92 bis de la LBRL, el puesto de tesorero del Ayuntamiento de Picassent estaba ocupado cuando se convocó el **concurso** unitario impugnado, conforme a la normativa vigente al tiempo de su nombramiento, y no ha existido ningún acto de revocación o cesación de eficacia de la autorización que posibilitó ese nombramiento, pues no puede admitirse que una convocatoria de **concurso** unitario tenga dicho efecto extintivo. No puede, por tanto, afirmarse que aquellas autorizaciones y nombramientos hayan dejado de tener eficacia".

Significa que "No corresponde a esta Sentencia determinar la competencia para dictar esta disposición o acto de efectos extintivos, o la forma que deba revestir, pero si apreciar su necesidad, pues es útil repetir que una vez autorizada la excepcionalidad del ejercicio del puesto de tesorería por medio de funcionario sin habilitación, tal ejercicio está sometido a los principios generales que rigen el desempeño de la función pública, por lo que no puede admitirse que estas autorizaciones cesen en sus efectos sin una disposición o resolución que expresamente así lo acuerde. (...)".

Y finaliza la sentencia manifestando que "Lo anteriormente expuesto conduce, como hemos indicado, a la estimación del recurso, y a la anulación de la convocatoria, por entender que el puesto de Tesorería del Ayuntamiento de Picassent no estaba vacante".

SEGUNDO.- El representante de la funcionaria a cuyo favor se resolvió el **concurso** unitario referido, Dña. Petra , prepara recurso de casación, considerando vulnerados o no aplicados correctamente, los artículos 92 (derogado en 2007) y 92 bis LBRL, el artículo 7 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, los artículos 10, 11 y 12 y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, en la cuestión relativa a la determinación de si el puesto pudo o no ser incluido en la convocatoria, para lo cual es preciso determinar si, a los efectos de la misma, debe considerarse o no vacante. La Sentencia considera que no lo está, al contar con nombramiento en favor de funcionario de la Entidad Local.

Considera que la cuestión suscitada sobre este concreto ámbito de regulación afecta sin duda a un gran número de situaciones (art. 88.2.c LJ), y la doctrina que incorpora la sentencia recurrida puede ser gravemente dañosa para los intereses generales (art. 88.2.b LJ). Todo ello sin perjuicio de que sobre la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto citado no existe jurisprudencia (art. 88.3.a). Se refiere a la correcta interpretación de aquella Disposición Adicional, que debe ser coherente con la finalidad digna de protección jurídica, el criterio de interpretación sistemático y el criterio de adecuación o proporcionalidad.

TERCERO. - Por auto de 9 de julio de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se persona como parte recurrente la representación procesal de Dña. Petra y como partes recurridas el Ayuntamiento de Picassent y la Administración del Estado que no formulan oposición al recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas y/o jurisprudencia cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su debida observancia en el proceso de instancia; y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

Respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, la Sección de Admisión considera que, al igual que hizo en el recurso de casación nº 6449/2017, en el que se dictó auto de admisión de fecha 6 de junio



de 2018, y en el recurso de casación 1040/2018, auto de admisión de 14 de enero de 2019, en el presente caso concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión: (i) si con la entrada en vigor de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) y, en particular, del artículo 92 bis de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) queda automáticamente derogado - por antinómico - el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y, en particular, su Disposición Adicional Tercera ; (ii) si, constatada dicha derogación, la misma no extiende sus efectos a funcionarios de las Corporaciones que, al amparo de lo dispuesto en la citada Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994, venían desempeñando las funciones de Tesorero en la fecha de entrada en vigor de la citada Ley de Racionalización.

La admisión tiene lugar atendiendo a la inexistencia de jurisprudencia sobre la cuestión jurídica controvertida, siendo así que la LRSAL es una norma relativamente reciente que requiere todavía de concreción en determinados aspectos. De hecho, ya hemos señalado que en fechas cercanas se ha aprobado 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, que desarrolla también el artículo 92 bis LBRL en la cuestión que ahora interesa.

En el momento actual, ha recaído sentencia en el recurso de casación 6449/2017 (sentencia de 24 de junio de 2020) y en el recurso de casación 1040/2018 (sentencia de 17 de junio de 2020), remitiéndose la primera de ellas a esta segunda para la resolución del recurso en sentido estimatorio a las pretensiones de las recurrentes, con la fijación de la siguiente doctrina legal: "con la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de reforma y sostenibilidad de la Administración Local y, en particular, del artículo 92 bis LBRL quedó automáticamente derogado -por antinómico- lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Esta derogación normativa afecta al desempeño de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, que a la entrada en vigor del nuevo art. 92 bis de la LBRL, se desempeñaban por funcionarios de las corporaciones locales en virtud de autorización excepcional que permitía la disposición adicional tercera del Real Decreto 1732/1994. Estos puestos tenían la condición de vacantes, y tras la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de reforma y sostenibilidad de la Administración Local, debían ser objeto de **concurso** para su provisión por funcionarios de la Administración local con habilitación nacional en la convocatoria correspondiente". Ello abona la tesis de admisión del presente recurso.

SEGUNDO. - Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Dña. Petra contra la sentencia de 10 de mayo de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 508/2016.

Al interés casacional expresado en el razonamiento anterior debemos añadir, que se indentifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 92 bis y Disposición Transitoria Séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

TERCERO. - Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el nº 4954/2018,

La Sección de Admisión acuerda:

PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Dña. Petra contra la sentencia de 10 de mayo de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 508/2016.

SEGUNDO.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) si con la entrada en vigor de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y, en particular del artículo 92 bis de la Ley de Bases de Régimen Local, queda automáticamente derogado - por antinómico - el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y, en particular, su Disposición Adicional Tercera ; (ii) si, constatada dicha derogación, en su caso, la



misma no extiende sus efectos a funcionarios de las Corporaciones que, al amparo de lo dispuesto en la citada Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994, venían desempeñando las funciones de Tesorero en la fecha de entrada en vigor de la LRSAL.

TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 92 bis y Disposición Transitoria Séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

Todo ello sin perjuicio, ex artículo 90.4 de la LJCA, de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

CUARTO.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional de instancia la decisión adoptada en este auto.

SEXTO.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

D. Cesar Tolosa Tribiño D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo

D. Inés Huerta Garicano D. Angel Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda