



Roj: **ATS 4491/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4491A**

Id Cendoj: **28079130012017200876**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **1190/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3486/2016,**
ATS 4491/2017,
STS 150/2018

AUTO

En la Villa de Madrid, a 16 de mayo de 2017

HECHOS

PRIMERO. Por sentencia de 20 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco (Sección Tercera) se estimó el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el Decreto del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco 12/2016, de 2 de febrero, por el que se establece la jornada de trabajo anual para el año 2016 para el personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi (recurso núm. 155/2016).

El recurso se interpuso por cuanto la citada norma establecía una jornada de trabajo efectivo de 35 horas semanales en lugar de las 37,50 previstas en la disposición adicional septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012. Además, entendía el Abogado del Estado que la norma autonómica vulneraba el artículo 19.2 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, por cuanto comportaba un incremento de gasto público en materia de personal al servicio del sector público superior al 1% establecido en dicho artículo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Tercera) se remitió a la sentencia del Tribunal Constitucional 158/2016, de 22 de septiembre, que había determinado la constitucionalidad y vigencia actual de la regulación estatal contenida en la Ley 2/2012 y que lo había hecho en los siguientes términos: <<En fin, en virtud de los motivos indicados, la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, a pesar de haberse aprobado con posterioridad el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, está vigente en la actualidad, lo que conlleva en este proceso que sea el parámetro mediató de control conforme al que corresponde realizar el juicio de constitucionalidad que en este recurso se plantea>>. Dicho pronunciamiento constitucional venía precedido de otro del mismo tenor (sentencia núm. 99/2016, de 25 de mayo) y en ambos se incorporó un voto particular formulado por tres magistrados, que ponían en cuestión el criterio de la mayoría en la materia ahora controvertida.

La estimación del recurso contencioso-administrativo obedece por tanto a la consideración de que el Decreto recurrido reinstaura la jornada laboral semanal de 35 horas en contradicción con la norma estatal declarada constitucional y vigente. Además, entiende el órgano jurisdiccional *a quo* que <<la disposición recurrida supone también un exceso respecto del límite de gasto que el Estado ha fijado para el ejercicio, [afirmación que resulta] de la Nota de Prensa citada y de tratarse de un hecho de general conocimiento que en la mayoría de los sectores



a los que se destina la misma los permisos se han de cubrir bien mediante nombramientos o contratación temporales o bien mediante un incremento de la actividad de los demás empleados públicos>>.

SEGUNDO. El Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia de 20 diciembre de 2016 conforme a las exigencias impuestas por el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [LJCA]. Se aduce la vulneración de las siguientes normas:

- Los artículos 47 y 51 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [EBEP] y los mismos artículos 47 y 51 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del EBEP [TREBEP].
- El artículo 9.3 de la Constitución Española [CE], por vulneración del principio de seguridad jurídica.
- El artículo 23.Dos de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, en relación con la supuesta vulneración del límite de gastos de personal.

Entiende el Letrado del Gobierno Vasco que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, <<al no haber dado respuesta a los principales motivos de oposición>> formulados en el debate de instancia. En relación con la eventual vulneración de los artículos 47 y 51 EBEP/TREBEP, considera que tratándose de normativa básica que remite a cada Administración Pública para la regulación de la jornada laboral serían de aplicación preferente frente a lo establecido en la disposición final 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio. En lo concerniente al principio de seguridad jurídica, se aduce, de un lado, que la Ley 2/2012, de 29 de junio no modifica de forma expresa lo establecido en el EBEP, mientras que sí lo ha hecho el legislador en otros aspectos cuando lo ha estimado oportuno. Continúa afirmando el recurrente que <<a día de hoy, coexisten dos normas básicas, dos Leyes estatales, que regulan - de forma incompatible y contradictoria - la jornada anual de trabajo de los empleados públicos>>, siendo así que <<discrepamos de la sentencia y mantenemos posturas diferentes respecto de la prevalencia de una u otra norma>>. De otro lado, la vulneración del principio de seguridad jurídica se habría producido por cuanto se habría incumplido uno de los límites que la doctrina constitucional impone a la regulación contenida en las Leyes de Presupuestos. Por último, el Letrado del Gobierno Vasco considera vulnerado el artículo 23.Dos de la Ley 2/2012, de 29 de junio, en la medida en que se encuentra en desacuerdo con la afirmación de la Sala y sostiene que el impacto económico presupuestario no tendría lugar de manera generalizada, sino que estaría concentrado en dos sectores, sanidad y seguridad, que estarían excluidos de la limitación presupuestaria.

TERCERO. Justificado el juicio de relevancia, el recurrente construye su argumentación sobre la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia atendiendo a los siguientes supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA:

- Artículo 88.3.e) LJCA, en tanto que se trata de una disposición dictada por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma.
- Artículo **88.3.c)** LJCA, toda vez que la sentencia recurrida declara nula una disposición de carácter general que reviste entidad suficiente.
- Artículo 88.2.b) LJCA, en la medida en que se estaría modificando o derogando tácitamente o *de facto* el régimen jurídico de los empleados públicos a través de una norma presupuestaria y sin modificar la norma estatal que regula dicha materia con carácter básico, sustantivo e indefinido, afectando también al principio de seguridad jurídica. Los intereses generales vendrían definidos, a juicio del recurrente, por esta última vulneración, si se constatará que este procedimiento legislativo es válido para modificar el régimen jurídico de cualquier colectivo o materia.
- Artículo 88.2.c) LJCA, siendo así que el recurso trasciende el caso objeto del proceso, tanto en sentido subjetivo como objetivo, en los términos expresados en los apartados precedentes.
- Artículo 88.2.e) LJCA, por eventual aplicación incorrecta de doctrina constitucional y, en particular, <<la doctrina constitucional que impone ciertos límites al contenido de las Leyes de Presupuestos>>.
- Artículo 88.2.g) LJCA, por haber resuelto la sentencia recurrida un proceso en el que se impugnó una disposición de carácter general.

CUARTO. Por auto de 9 de febrero de 2017, la Sala sentenciadora 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 del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo. Se han personado en tiempo y forma la Comunidad Autónoma del País Vasco en su calidad de recurrente y el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado, quien formula oposición y



suplica la inadmisión del recurso por no haber solicitado el recurrente complemento de sentencia conforme a los artículos 267.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [LOPJ] y 215 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [LEC].

Es Magistrado Ponente Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

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 en el mismo 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 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.

SEGUNDO. Señala el Abogado del Estado en su escrito de oposición que el recurso de casación debe inadmitirse por cuanto, denunciada la incongruencia de omisiva de la sentencia, el recurrente debió haber acudido al complemento de sentencia tal y como esta Sección de Admisión señaló en el auto de 1 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 88/2016) en el que afirmamos, muy resumidamente, que *" cuando (...) el recurrente se queje en casación de la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión ante el Tribunal Supremo, resulta legítimo exigirle que antes acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC "*.

A pesar de que, ciertamente, el Gobierno Vasco aduce como primera infracción de la sentencia recurrida la incongruencia omisiva (pues tal sentencia -según se afirma- no habría dado respuesta a dos motivos de oposición que se formularon en el escrito de contestación a la demanda), varias razones impiden acoger la tesis del representante de la Administración del Estado.

En el citado auto de 1 de marzo de 2017 la incongruencia omisiva imputada a la sentencia constituía la única denuncia contenida en el escrito de oposición o, en palabras del propio auto, *" la exclusiva razón esgrimida por el recurrente para impugnar la sentencia"*, de modo que *" la pretensión en casación se articula única y exclusivamente sobre la base de la concurrencia de una infracción de las normas relativas a los actos (entre los que se encuentra la sentencia) y las garantías procesales, que habría generado indefensión al recurrente"*.

En el escrito de preparación que ahora nos ocupa, el Gobierno Vasco afirma que la sentencia de la Sala de Bilbao no ha dado respuesta a su alegación -contenida en el escrito de contestación a la demanda- sobre la necesidad de aplicar los artículos 47 y 51 EBEP/TREBEP y el principio constitucional de seguridad jurídica; pero señala también que dicho recurrente *" mantiene una postura diferente (a la sostenida por la sentencia) respecto de la prevalencia de una u otra norma (la disposición adicional 71ª de la Ley 2/2012 y aquellos dos preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público" y se afirma, además, que " la sentencia recurrida vulnera también el principio de seguridad jurídica porque la interpretación que realiza constituye un incumplimiento de uno de los límites que la doctrina constitucional impone a la regulación contenida en las leyes de presupuestos"*.

Hay, pues, una primera diferencia entre el supuesto de hecho abordado en el auto de 1 de marzo de 2017 y el que ahora nos ocupa, pues en éste la incongruencia omisiva no es la *exclusiva razón esgrimida en sede casacional* contra la sentencia, sino que la parte recurrente argumenta *in extenso* sobre las infracciones de fondo en las que habría incurrido la resolución impugnada, al punto de afirmar en algún pasaje del escrito de preparación que la Sala sentenciadora habría efectuado una desestimación tácita de sus pretensiones.

En cualquier caso, la sentencia que pretende recurrirse en casación señala expresamente que la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 2165/2016 *" da respuesta a varios de los contramotivos esgrimidos por la demandada, concretamente a su vigencia"*, con lo que, aunque escuetamente, estaría dando respuesta -por remisión- a la pretensión ejercitada en la instancia por el Gobierno Vasco. Basta, en efecto, una lectura de esa sentencia del Tribunal Constitucional y de la del mismo órgano núm. 99/2016, de 25 de mayo, también citada por la Sala *a quo*, para comprobar que en ambos procesos constitucionales se plantearon las cuestiones alegadas por el Gobierno Vasco en su escrito de contestación a la demanda.



Por último, no está de más recordar que en nuestro reciente auto de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 308/2016) hemos afirmado que es posible que una infracción procesal como la denunciada en el presente proceso (incongruencia omisiva) pueda trascender del caso concreto y presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia " *cuando repercuta en la aplicación de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo, en cuyo caso habrá de examinarse tal invocación para determinar la admisibilidad del recurso*". Ello es así, además, teniendo en cuenta que el artículo 89.2.b) de nuestra Ley Jurisdiccional identifica como normas que deben identificarse como infringidas no solo las tomadas en consideración por la Sala de instancia, sino también " *las que ésta hubiera debido observar aun sin ser alegadas*", supuestos que -como también dijimos en el citado auto de 21 de marzo de 2017- " *comprenden sin dificultad las normas invocadas en la instancia o que debieran observarse y que el tribunal a quo infringe por inaplicación, bien por incongruencia omisiva o por inadecuada elección (incongruencia por error)*".

En definitiva, cabe determinar si el recurrente ha justificado, en los términos exigidos por el artículo 89.2.f) de nuestra ley procesal, que las cuestiones no analizadas por la Sala al no tener en cuenta las normas jurídicas alegadas en el escrito de contestación a la demanda o al rechazarlas -tácitamente- por remisión a una doctrina constitucional integran alguno o algunos de los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LJCA.

TERCERO. Respecto de este último extremo (el interés casacional), la Sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA.

En particular, concurre con claridad el supuesto previsto en el apartado 3.c) del artículo 88 LJCA, pues la sentencia recurrida ha declarado nula una disposición general, supuesto en el que solo cabría inadmitir el recurso por auto motivado cuando la expresada disposición general carezca, *con toda evidencia*, de trascendencia suficiente, supuesto excepcional que entendemos no concurre en el supuesto de autos en la medida en que el Decreto del Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco 12/2016, de 2 de febrero -anulado por la Sala de Bilbao- establece la jornada de trabajo anual para la totalidad de los empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, circunstancia que -obvio es decirlo- impide entender intrascendente la regulación que tal Decreto contiene. Y mucho menos con la *absoluta evidencia* a la que nuestra Ley Jurisdiccional hace referencia expresa -a diferencia de otros supuestos del propio artículo 88.3- como única posibilidad de inadmitir un recurso de casación preparado contra una sentencia como la que nos ocupa.

La concurrencia de este supuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia exime a la Sala de analizar si concurren los otros supuestos -previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional- que también son alegados por la representación procesal del Gobierno Vasco.

CUARTO. Sentado, pues, que la resolución judicial de instancia es recurrible a través de este cauce procesal extraordinario, que el escrito de preparación cumple todos los presupuestos y requisitos exigibles y que apreciamos la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA, a cuyo tenor <<[l]os autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso>>.

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es la siguiente: si puede una Administración Pública -como ha hecho el Gobierno Vasco a través del Decreto de su Departamento de Administración Pública y Justicia 12/2016, de 2 de febrero- establecer libremente una jornada de trabajo anual para los empleados públicos a su servicio por así permitirlo los artículos 47 y 51 EBEP/TREBEP o si, por el contrario, dicho establecimiento está condicionado por los límites establecidos en la disposición final septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que deberían respetarse en todo caso por todas las Administraciones Públicas. Asimismo, identificamos como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los 47 y 51 del Estatuto Básico del Empleado Público y del actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, la disposición final 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y el artículo 9.3 de la Constitución en el particular por el que se recoge el principio constitucional de seguridad jurídica.

QUINTO. Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.



Por todo lo anterior,
La Sección de Admisión

acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco contra la sentencia de 20 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Tercera) dictada en el recurso núm. 155/2016.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si puede una Administración Pública -como ha hecho el Gobierno Vasco a través del Decreto de su Departamento de Administración Pública y Justicia 12/2016, de 2 de febrero- establecer libremente una jornada de trabajo anual para los empleados públicos a su servicio por así permitirlo los artículos 47 y 51 EBEP /TREBEP o si, por el contrario, dicho establecimiento está condicionado por los límites establecidos en la disposición final septuagésimo primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que deberían respetarse en todo caso por las Administraciones Públicas.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los 47 y 51 del Estatuto Básico del Empleado Público y del actual Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, la disposición final 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y el artículo 9.3 de la Constitución en el particular por el que se recoge el principio constitucional de seguridad jurídica.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala 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. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas