

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 238/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 636/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D.^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 2 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 238/2018 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Inmaculada Mozos Serna en nombre y representación de D. Octavio Fernández Hernández, Dña. María Mercedes Gascón Simón, Dña. María Valeria Ortega Plasencia y Dña. Cristina del Tránsito Navarro Prieto contra 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.

Ha comparecido como parte recurrida, el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso el día 17 de mayo de 2018, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 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.

SEGUNDO.- Mediante Decreto de fecha 3 de julio de 2018 se tiene por desistida a la Procuradora Dña. María Inmaculada Mozos Serna en nombre y representación de Dña. María Mercedes Gascón Simón, Dña. María Valeria Ortega Plasencia y Dña. Cristina del Tránsito Navarro Prieto del recurso interpuesto contra el real Decreto 128/18 de 16 de marzo, debiendo continuar el procedimiento respecto al también recurrente D. Octavio Fernández Hernández.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda, presentado el día 24 de julio de 2018, se solicita «dictar Sentencia por la que, estimando el presente recurso, anule, revoque y deje sin efecto los artículos 2.4, 6.3, 15.4, 20.3 (y correlativamente los arts. 24.1 y 25.1), 21 apartado 1, tercer párrafo (inciso "deberán, en todo caso, tener dos años de servicio activo en la subescala") y 49, apartados 1, inciso final del primer párrafo y apartado 3 letra d); así como el último inciso del apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta, la Disposición Transitoria Segunda y el apartado 3 de la Disposición Transitoria Sexta, con lo demás que en Derecho proceda.»

CUARTO.- Habiéndose dado traslado al Abogado del Estado del escrito de demanda, presenta escrito de contestación el día 28 de septiembre de 2018, en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo con los demás pronunciamientos legales.

QUINTO.- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones, que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos, la parte actora presentó el escrito el día 23 de octubre de 2018 y el Abogado del Estado, por su parte, presenta escrito de conclusiones el 30 de octubre de 2018.

SEXTO.- Evacuado el correspondiente trámite de conclusiones por ambas partes, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 24 de marzo de 2020. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda, sobre suspensión de plazos procesales, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la deliberación y fallo del recurso ha tenido lugar el día 19 de mayo de 2020.

Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 20 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La disposición general impugnada*

El presente recurso contencioso administrativo se interpone por los recurrentes citados en el encabezamiento en su condición de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, contra 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.

En concreto, se cuestiona la legalidad, a tenor del suplico de la demanda que altera en parte lo señalado en el escrito de interposición, de los artículos 2.4, 6.3, 15.4, 20.3 en relación con los artículos 24.1 y 25.1, 21.1 tercer párrafo, 49.1 inciso final del primer párrafo y apartado 3 letra d), último inciso del apartado 1 de la disposición adicional quinta, la disposición transitoria segunda y las disposiciones transitoria sexta apartado 3.

SEGUNDO.- *Los motivos de impugnación que se desestiman y el que ha de ser estimado*

El presente recurso contencioso administrativo es sustancialmente igual al recurso contencioso administrativo núm. 165/2018, ambos fueron deliberados conjuntamente, y en el que hemos dictado Sentencia de 28 de mayo de 2020. De modo que debemos aquí reiterar lo que allí declaramos.

Advertimos, antes de nada, que <<ninguna consideración hay que hacer sobre la circunstancia mencionada en la demanda relativa a que los recurrentes no pudieran presentar alegaciones en el proceso de elaboración del que sería Real Decreto 128/2018, ya que, como apunta la contestación a la demanda, ninguna consecuencia jurídica extraen de ello.

Para que resulte con mayor claridad nuestro criterio, volveremos a reproducir el precepto impugnado antes de expresarlo.

1. Impugnación del artículo 2.4.

«Artículo 2. Funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales.

(...)

4. Además de las funciones públicas relacionadas en los párrafos a) y b) del apartado 1 de este artículo, los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional podrán ejercer otras funciones que les sean encomendadas por el ordenamiento jurídico».

Este apartado 4 completa los tres precedentes siguiendo las prescripciones del artículo 92 bis 1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que identifica las funciones necesarias en todas las corporaciones locales reservadas a los funcionarios habilitados. Su letra a) enuncia las funciones de Secretaría: fe pública y asesoramiento legal preceptivo; la letra b) las de Intervención-Tesorería: control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación; y la letra c) las de Secretaría-Intervención: fe pública y asesoramiento legal preceptivo y control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación. El apartado 2 atribuye al titular de esas funciones la dirección de los servicios correspondientes y el apartado 3 reserva a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional las funciones necesarias para garantizar el principio de transparencia y los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad económico-financiera.

La demanda entiende que el apartado 4 permite, por su indeterminación, sobrecargar a los funcionarios habilitados con el peligro de que no puedan ejercer debidamente las funciones que les son propias. Entiende, en este sentido, que el concepto "ordenamiento jurídico" no es un límite idóneo para impedir ese efecto pernicioso.

No obstante, se debe tener presente que el artículo 3.1 del Estatuto Básico del Empleado Público precisa que el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal aplicable y que de ella forma parte el propio Estatuto. Y que su artículo 73.2 faculta a las Administraciones Públicas para asignar a su personal funciones, tareas y responsabilidades distintas de las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe siempre que sean adecuadas a su clasificación, grado o categoría, las necesidades del servicio lo justifiquen y sin merma en las retribuciones. Desde esta perspectiva, nos encontramos con que, pese a lo que dice la demanda, el ordenamiento jurídico al que se refiere este artículo 2.4 adquiere un significado más concreto y no permite que a unos funcionarios cuya posición, régimen

jurídico y funciones están definidos en lo sustancial por el legislador en atención al cometido esencial que desempeñan en la Administración Local, se les encomienden tareas innecesarias o incompatibles con las que deben realizar o que supongan de cualquier modo un obstáculo efectivo para que las cumplan. El ordenamiento jurídico puede, en efecto, definirse de diversas maneras, pero ninguna duda hay de que comprende la Constitución, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Estatuto Básico y los conceptos jurídicos sobre los que articulan su régimen funcional.

Los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional son, según el artículo 92 bis 1 de este texto legal, fedatarios de las actuaciones administrativas que lo requieran, garantes con su asesoramiento jurídico de la legalidad de las mismas y custodios internos de la regularidad de la gestión económico-financiera y presupuestaria y de la contabilidad, tesorería y recaudación. Así resulta que la identificación de sus funciones efectuada por el legislador no sólo se proyecta en el sentido positivo de confiárselas sino, también, en el negativo de impedir que se vean desnaturalizadas o impedidas mediante la atribución de otras que produzcan esos efectos, sin ser, en cambio, obstáculo para que se les encarguen cometidos no incompatibles ni disfuncionales desde ese punto de vista y desde el que ofrece la categoría que les confiere la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Esto significa que solamente en virtud de una previa disposición normativa de rango legal o reglamentario que la prevea y respete la configuración material que el legislador ha dado a los funcionarios de la Escala y a su cometido podrá efectuarse la encomienda a que se refiere el precepto. Todos estos son conceptos judicialmente asequibles idóneos para hacer efectivo el control de la legalidad de la aplicación de la facultad prevista en este precepto.

Por tanto, con estas prevenciones, no procede acoger el motivo de impugnación pues no advertimos ilegalidad en este apartado 4.

2. Impugnación del artículo 6.3.

«Artículo 6. Puestos reservados.

(...)

3. Lo previsto en el apartado anterior sobre las funciones públicas reservadas no impedirá la asignación a los puestos de trabajo de esta escala funcional de otras funciones distintas o complementarias, y de los distintos servicios de la Entidad Local, compatibles con las propias del puesto y adecuadas a su grupo y categoría profesional. Esta asignación de funciones se efectuará por el Presidente de la Entidad Local, en uso de sus atribuciones básicas, dando cuenta al Pleno y deberá figurar en la relación de puestos de trabajo de la Entidad, o instrumento organizativo similar».

Los apartados anteriores de este artículo 6 dicen que son puestos reservados a estos funcionarios los que tengan expresamente atribuida la responsabilidad administrativa de las funciones que se les han asignado (apartado 1) y que la denominación y características de dichos puestos se reflejarán en la relación de puestos de trabajo o instrumento organizativo similar (apartado 2). El apartado 3 impugnado permite que el presidente de la entidad local les atribuya otras funciones distintas o complementarias.

Somete esa atribución a requisitos de forma y de contenido. Los primeros consisten en que el presidente ha de actuar en el ejercicio de sus competencias, ha de dar cuenta al pleno y en que esas funciones figuren en la relación de puestos de trabajo o instrumento técnico de ordenación del personal equivalente. Los sustantivos estriban en que esas funciones distintas o complementarias han de ser, por un lado, compatibles con las propias del puesto, y por el otro, adecuadas al grupo y categoría profesional.

La impugnación de este artículo 6.3 debe ser desestimada porque su tenor no implica, por sí mismo, contravención del artículo 92 bis ni de otro precepto legal. Y, tal como hemos dicho a propósito del artículo 2.4, la posición que el legislador ha atribuido a los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional también hace posible impedir que a través de este artículo 6.3 se intente su desnaturalización. Se debe destacar en este sentido que los propios límites a que somete esa atribución, suponen elementos adicionales con los que desactivar, si llegara a ser preciso,

atribuciones de funciones susceptibles de producir ese efecto. Al respecto, nos remitimos a lo que acabamos de decir sobre el control judicial de la encomienda de funciones prevista por el artículo 2.4.

En fin, la preocupación de la demanda por si la inclusión de la función adicional en la relación de puestos de trabajo tiene lugar antes o después de la atribución no es relevante. Significativamente, nada dice al respecto en sus también extensas conclusiones. Por otro lado, desde el momento en que, de acuerdo con el artículo 74 del Estatuto Básico del Empleado Público, se estructura la organización de las Administraciones Públicas a través de las relaciones de puestos de trabajo, la exigencia de que se refleje en ella esta atribución no se compadece con la preocupación de los recurrentes de que sea indebida, artificiosa e, incluso, eventualmente, abusiva. Y, al igual que sucede con el artículo 2.4, la posibilidad abierta por el artículo 6.3 facilita la solución de necesidades que puedan surgir en las corporaciones locales.

3. Impugnación del artículo 15.4.

«Artículo 15. Puestos de colaboración.

(...)

4. Si la Corporación suprime un puesto de colaboración cubierto con carácter definitivo, deberá garantizar al titular del mismo un puesto de trabajo de su grupo de titulación, adecuado a las funciones o tareas propias de su condición profesional, conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública, con las garantías inherentes de dicho sistema y cuya remuneración no sea inferior, en más de dos niveles, a la del puesto para el que fue designado.

En dicho puesto se podrá permanecer hasta obtener otro, por los procedimientos establecidos en este real decreto».

Después de facultar a las entidades locales para crear otros puestos de trabajo con funciones de colaboración inmediata y auxilio a las de Secretaría, Intervención y Tesorería y reservarlos a los funcionarios habilitados bajo la dependencia del titular de las mismas (apartado 1), precisar su contenido

(apartado 2), prever que quienes los desempeñen sustituirán a los titulares de aquellas y que las Comunidades Autónomas clasificarán estos puestos con los criterios que detalla (apartado 3), el apartado 4 impugnado completa el artículo.

Los extremos relevantes del mismo son los siguientes: la corporación local puede suprimir el puesto de colaboración cubierto con carácter definitivo. En tal caso, ha de garantizar al funcionario de Administración Local con habilitación con carácter nacional titular del mismo un puesto de su grupo, adecuado a su condición profesional, entre otros requisitos, con una remuneración no inferior en más de dos niveles a la del que desempeñaba y se ha suprimido.

No parece que deba existir impedimento para que la corporación local suprima puestos no necesarios creados por ella misma. La cuestión, por tanto, no es la relativa a la supresión sino la correspondiente a la garantía de la situación del funcionario habilitado que lo hubiere obtenido con carácter definitivo. Para la demanda, este artículo 15.4 pone en peligro su independencia e imparcialidad y se presta a que la corporación lo utilice para prescindir de funcionarios que le sean incómodos y, también, nos dice que carece de cobertura normativa.

Empezando por esto último, no creemos que pueda afirmarse tal cosa vistos los términos en que el artículo 92 bis 4 apodera al Gobierno para regular la creación, clasificación y supresión de puestos de trabajos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Además, no es ajena a esta cuestión la potestad de autoorganización de la corporación local. Naturalmente, deben preservarse los derechos del funcionario habilitado afectado por esa supresión. Al respecto, se debe decir que, ni la previsión reglamentaria ni dicha potestad pueden justificar decisiones arbitrarias y que, en particular, el artículo 15.4 no sienta ningún principio de libre supresión de puestos no necesarios si por ello se entiende que se decida al margen de razones objetivas y, desde luego, no exime de la necesaria

motivación que exige el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo que hace a la posición del funcionario afectado, la situación que para él prevé este precepto no es peor, como dice la demanda, a la del que se ve cesado de un puesto de libre designación según el artículo 47 del Real Decreto desde el momento en que se le asegura un puesto con una retribución que no sea inferior en más de dos niveles a la del puesto suprimido y, además, resulte adecuado a las funciones o tareas de su condición profesional.

Así, pues, esta impugnación tampoco puede prosperar.

4. Impugnación del artículo 20.3 y correlativamente de los artículos 24.1 y 25.1.

«Artículo 20. Acceso a categoría superior dentro de la misma subescala.

(...)

3. Una vez sean nombrados funcionarios de la categoría superior, podrán ocupar puestos de dicha categoría, de conformidad con las previsiones establecidas en este real decreto.

Con la toma de posesión en un puesto de la categoría superior, dejarán de pertenecer a la categoría de entrada.

Asimismo, quienes estuvieran desempeñando un puesto reservado con carácter definitivo en la categoría de entrada, podrán permanecer en dicha categoría, mientras continúen ocupando el citado puesto».

«Artículo 24. Desempeño del puesto de Secretaría.

1. Corresponde a los Secretarios de categoría superior el desempeño de los puestos de trabajo mencionados en el artículo 8.1.a) de este real decreto».

“Artículo 25.1. Desempeño del puesto de Intervención.

1. Corresponde a los Interventores-Tesorereros de categoría superior el desempeño de los puestos de trabajo mencionados en el artículo 13.1 de este real decreto».

El apartado 2 del artículo 92 bis de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local divide la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional en tres subescalas: Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención y su apartado 3 dispone que, dentro de las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería, los funcionarios se integran en una de estas dos categorías: entrada o superior.

El artículo 20 del Real Decreto 128/2018, por su parte, se ocupa de regular el acceso a la categoría superior dentro de la misma subescala. Se produce mediante convocatoria pública abierta a todos los funcionarios de la categoría de entrada de la subescala respectiva con al menos dos años de antigüedad en servicio activo en esa categoría de entrada (apartado 1). Y el apartado 2 señala los procedimientos que pueden seguirse para ese acceso: el concurso de méritos y la superación de pruebas de aptitud gestionadas por el Instituto Nacional de Administración Pública.

El apartado 3, objeto de impugnación, completa este precepto.

Nos dice la demanda que mereció una observación esencial del Consejo de Estado desfavorable. Sucede, sin embargo, que la observación esencial hecha por el Consejo de Estado se refería a que, en el texto del proyecto sometido a su dictamen, el último párrafo de este apartado decía:

«Asimismo, quienes estuvieran desempeñando un puesto reservado con carácter definitivo en la categoría de entrada, podrán permanecer en dicha categoría mientras continúen ocupando el citado puesto, pero no podrán concursar a puestos reservados a la categoría de entrada dentro de la subescala correspondiente».

Indicaba el Consejo de Estado que esa prohibición de concursar a puestos reservados a la categoría de entrada dentro de la misma subescala era una novedad que carecía de justificación en el expediente, no podía

deducirse del artículo 92 bis 3 y cercenaba por completo las posibilidades de movilidad del funcionario que “habiéndose accedido a la categoría superior, no ha podido aún tomar posesión de ningún puesto de tal categoría y queda obligado a continuar desempeñando el puesto que ocupaba en la categoría de entrada en tanto no pase a ocupar una de categoría superior”: Esa previsión para el Consejo de Estado debía estar amparada en una norma de rango legal por restringir el derecho del funcionario a la promoción. Y lo cierto es que, como observa la contestación a la demanda, se suprimió en el texto aprobado por el Consejo de Ministros. Es significativo que en sus conclusiones los recurrentes nada digan al respecto.

También reprocha la demanda a este apartado que sienta una regla contraria a la que rige en el ámbito de la función pública según la cual se conserva la condición de funcionario de un cuerpo o escala al acceder a otro cuerpo o a otra escala. Pues bien, importa señalar que el Consejo de Estado, al poner de manifiesto una posible disfunción en el juego del primer y segundo párrafo de este apartado en torno al momento en que se pierde la categoría de entrada, no advirtió ilegalidad en que comporte esa consecuencia el acceso a la categoría superior. De igual modo, se debe indicar que la demanda pretende extender al seno de las subescalas y a propósito de las categorías en que se dividen criterios relativos al acceso a cuerpos y escalas distintos del de pertenencia de un funcionario. Y que el artículo 92 bis 3 se manifiesta en términos imperativos:

«Los funcionarios de las subescalas de Secretaría e Intervención-tesorería estarán integrados en una de estas dos categorías: entrada o superior».

Por tanto, desde la perspectiva que ofrece este precepto de la Ley no parece contraria a Derecho la disposición reglamentaria en este extremo.

Sobre el impedimento que esto supone para que un funcionario habilitado que haya accedido a la categoría superior en las subescalas de Secretaría e Intervención Tesorería aspire a puestos reservados a la categoría de entrada, hay que decir que no es irrazonable la regulación reglamentaria en

la medida en que solamente puede ascenderse a la superior desde la de entrada. La solución contraria parece disfuncional. Y, como también destaca la contestación a la demanda, este no es un supuesto de promoción interna, la cual se aborda en el artículo 21 del Real Decreto 128/2018. El ejemplo de los profesores titulares que acceden a la cátedra que aducen los recurrentes en sus conclusiones no es idóneo para establecer una comparación porque se refiere a cuerpos distintos mientras que aquí estamos dentro de la misma subescala.

En fin, los argumentos de la demanda sobre lo poco verosímil que es que habilitados de categoría superior pretendan ocupar puestos de entrada y la excepción representada por el artículo 26.1 según el cual corresponde a los interventores-tesoreros, cualquiera que sea su categoría, el desempeño de los puestos que tengan asignadas las funciones de tesorería en las corporaciones locales cuya secretaría esté clasificada en clase primera o segunda, no significan que sea ilegal el apartado cuestionado.

5. Impugnación del inciso “deberán, en todo caso, tener dos años de servicio activo en la subescala” del artículo 21.1, párrafo tercero.

«Artículo 21. Promoción interna a otras subescalas.

1. Los funcionarios de la subescala de Secretaría-Intervención podrán promocionar a las subescalas de Secretaría y de Intervención-Tesorería mediante la superación de los correspondientes procesos selectivos.

(...)

Los funcionarios pertenecientes a la subescala de Secretaría-Intervención deberán, en todo caso, tener dos años de servicio activo en la subescala y poseer la titulación a que hace referencia el artículo 18 de este real decreto».

El artículo 21 contempla la promoción interna desde la subescala de Secretaría-Intervención a las de Secretaría e Intervención-Tesorería mediante procesos selectivos y el segundo párrafo de su apartado 1 exige para ello a los

aspirantes haber prestado, al menos dos años de servicio activo en la subescala de Secretaría-Intervención, además de estar en posesión de la titulación requerida por el artículo 18.

Considera la demanda que el requisito de los dos años impide la promoción profesional de los funcionarios habilitados y no cuenta con la necesaria habilitación normativa pues no se la ofrecen ni el artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ni el artículo 18.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Hay que decir al respecto que el apartado 5 del artículo 92 bis reserva al Estado la aprobación de la oferta de empleo público, la selección, formación y habilitación de los funcionarios habilitados y que su apartado 6 apodera al Gobierno para regular las especialidades correspondientes a la forma de provisión de los puestos de trabajo que les están reservados. Estos preceptos ofrecen suficiente cobertura específica a la regulación de esta cuestión. Por otro lado, hay que tener en cuenta el distinto tratamiento que da el legislador a las subescalas y, en particular, a la de Secretaría-Intervención, única no dividida en categorías. Ese diferente trato explica que se articule la promoción interna desde ella a las otras dos.

Por lo que se refiere al requisito de permanencia, ciertamente el apartado 8 del artículo 92 bis no se refiere a la promoción interna pues dice en su primer párrafo:

«8. Los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo, obtenido por concurso, un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo o ser nombrados con carácter provisional en otro puesto de trabajo, salvo en el ámbito de una misma Entidad Local».

Ahora bien, aunque no hable de promoción interna no debe haber obstáculos para aplicar esa misma regla a los supuestos de promoción pues, a la postre, se traducen también en la provisión de puestos de trabajo. Y que no se trata de una regla carente de sentido lo pone de manifiesto el artículo 18.2

del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual para la promoción interna:

«2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas».

Las particularidades estructurales de la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional no hacen inidónea esa exigencia temporal que, además, redundaría en asegurar la experiencia profesional de quien quiere promocionarse internamente. No advierte la Sala que deba prescindir de la indicación que ofrece este precepto del Estatuto Básico del Empleado Público y estar solamente a la de su artículo 14 c), ya que no se refieren a cosas diferentes: mientras el primero reconoce a los empleados públicos el derecho individual a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación, el segundo forma parte del conjunto de preceptos que articulan ese derecho a la carrera profesional y a la promoción interna y se ocupa específicamente de ésta.

En definitiva, no nos parece estar ante una restricción artificiosa e injustificada del derecho a la progresión profesional.

6. Impugnación del inciso final del primer párrafo del artículo 49.1 “y la conformidad de la Corporación Local” y del apartado 3 d) de ese mismo precepto.

«Artículo 49. Nombramientos provisionales.

1. Las Comunidades Autónomas podrán efectuar nombramientos provisionales a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional para los puestos vacantes a ellos reservados, previa solicitud de la Corporación Local correspondiente y

conformidad del funcionario interesado, o bien previa solicitud del funcionario interesado y la conformidad de la Corporación Local.

(...)

3. El Ministerio de Hacienda y Función Pública podrá efectuar nombramientos provisionales excepcionales a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que no lleven dos años en el último puesto obtenido con carácter definitivo, cuando concurren el conjunto de circunstancias siguientes:

(...)

d) Que exista informe favorable de la Entidad Local donde radique el puesto solicitado».

El extremo impugnado del apartado 1 es el relativo a la conformidad de la corporación local. Ese requisito, y la exigencia de informe favorable de la corporación local del apartado 3 d), carecen al parecer de los recurrentes de justificación objetiva y razonable, van más allá de la habilitación legal y tienen efectos contraproducentes y lesivos de los derechos de los funcionarios habilitados.

Tiene razón la contestación a la demanda cuando dice que los apartados 6 a 8 del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ofrecen la cobertura normativa precisa al Real Decreto. En ellos el legislador no sólo encomienda al Gobierno la regulación de las especialidades de las formas de provisión de los puestos reservados (apartado 6) sino que contempla expresamente la figura del nombramiento provisional a efectuar por las Comunidades Autónomas (apartado 7), salvo el supuesto excepcional en que puede hacerlo el Ministerio, ahora, de Política Territorial y Función Pública (apartado 8). Por tanto, no falta la habilitación legal para regular reglamentariamente esta cuestión.

Por otro lado, vemos que la demanda no discute que esos nombramientos puedan efectuarse a solicitud de la corporación definitiva, extremo que se impugna en el recurso n.º 222/2018. Aquí se combate

solamente la atribución a la corporación local de la facultad de oponerse a los nombramientos provisionales que no procedan de su iniciativa negando su conformidad o informe favorable.

La contestación a la demanda fundamenta en el principio de autonomía local esa facultad y explica que no juega en el caso de reingreso al servicio activo, en el de cese en puesto de libre designación o en el de supresión del puesto desempeñado y que el artículo 54 del Real Decreto 128/2018 ofrece el remedio --el cese del nombrado provisionalmente por la provisión definitiva del puesto, la reincorporación del titular o la comisión de servicios o la acumulación-- para corregir las disfunciones denunciadas por los recurrentes y que podrían producirse si se utiliza indebidamente la exigencia de conformidad o informe favorable local.

Ciertamente, el artículo 92 bis no prevé la intervención de la corporación local en estos nombramientos. No obstante, no debe considerarse fuera de lugar desde el momento que se refieren a puestos de trabajo de la propia corporación, aunque sean de los reservados a funcionarios habilitados. Tiene razón en este sentido la contestación a la demanda cuando hace un paralelismo entre la solicitud y la conformidad. La cuestión es, sin embargo, la naturaleza de esa intervención, concretamente, el carácter dirimente que le asigna el artículo 49.1 y 3 d).

Si se tiene en cuenta que este tipo de nombramientos no son una forma de provisión de puestos de trabajo ni tampoco pueden considerarse como una etapa de la carrera profesional de los funcionarios, sino un expediente temporal para resolver necesidades puntuales en tanto operan los sistemas ordinarios, la conformidad de la corporación local o su informe favorable no deben ser vistos como elementos ajenos e injustificados en los que el principio de autonomía local no debe ser tenido en cuenta. Por el contrario, es del interés de la corporación afectada, la cual no efectúa el nombramiento, la solución que se adopte. De ahí que, considerados todos estos factores, no advirtamos en la regulación controvertida los vicios que le imputa la demanda.

Es posible, desde luego, que esta facultad que se pone en manos de la corporación local sea utilizada de forma torcida o desviada pero, además del juego de los demás preceptos del Real Decreto 128/2018, como su artículo 54, el ordenamiento jurídico en su conjunto ofrece medios para impedirlo o corregirlo.

7. Impugnación del último inciso del apartado 1 de la disposición adicional quinta.

«Disposición adicional quinta. Entidades de ámbito territorial inferior al municipio.

1. El desempeño de las funciones de secretaría e intervención, tesorería y recaudación, en las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que gocen de personalidad jurídica y tengan la condición de Entidad Local, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se efectuará por un funcionario con habilitación de carácter nacional que desempeñe las funciones de secretaria o intervención, tesorería y recaudación en el municipio al que pertenezca la Entidad de ámbito territorial inferior al municipio. En el caso de Entidades Locales de ámbito territorial inferior a municipio con población inferior a 5.000 habitantes podrán asignarse estas funciones a un funcionario de carrera de la propia Corporación, que preferentemente pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria».

De nuevo, los recurrentes reprochan falta de cobertura legal, en este caso, al último inciso del apartado 1 de esta disposición adicional quinta. Es decir, a la posibilidad de atribuir a un funcionario de la entidad de ámbito territorial inferior al municipio de menos de 5.000 habitantes, del subgrupo A1 o, al menos, con titulación universitaria, las funciones de secretaría o intervención, tesorería y recaudación. Por eso, habla la demanda de precepto *ultra vires*.

El artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local no se refiere a estas entidades, pero les da carta de naturaleza su artículo 24 bis, que encomienda a las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local su regulación. Precisa, sin embargo, que carecerán de

personalidad jurídica y las conceptúa como forma de organización desconcentrada del municipio para la administración de núcleos separados. Ese precepto atribuye la iniciativa para su creación indistintamente a la población interesada o al ayuntamiento, el cual en todo caso habrá de ser oído. Establece, en fin, la condición de que la creación de estos entes sólo procederá si resulta una opción más eficiente para la administración desconcentrada de esos núcleos.

Ahora bien, el apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013, prescribió que las entidades de ámbito territorial inferior al municipio existentes a su entrada en vigor conservarían su personalidad jurídica y su condición de entidad local siempre que presentasen sus cuentas antes del 31 de diciembre de 2014 ya que, de lo contrario, conforme al apartado 2 de esa disposición transitoria cuarta, incurrirían en causa de disolución. Por eso, dice la contestación a la demanda que estamos ante un modelo a extinguir.

El caso es que, con personalidad jurídica y condición de entidad local o sin ella, estos entes forman parte de la Administración Local y en su seno se deben ejercer las funciones a que se refiere el artículo 92 bis. Según la demanda no hay razón para establecer una excepción a la regla de que tales funciones han de ser desempeñadas por funcionarios habilitados. La contestación a la demanda opone que son 3.704 las entidades de este tipo y 6.797 los municipios con población inferior a 5.000 habitantes con un solo puesto reservado y, que además, hay en ellos numerosas vacantes. Asimismo, recuerda que, conforme al artículo 8 del Real Decreto 1732/1994, en municipios de menos de 5.001 habitantes, podían ser ejercidas las funciones reservadas por un funcionario o por cualquier persona con capacidad suficiente.

Es cierto que hasta la derogación del Real Decreto 1732/1994 por la disposición derogatoria única del Real Decreto 128/2018, convivió la regulación legal establecida por el artículo 92 bis con la reglamentaria. No obstante, aunque el artículo 92.3 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local preveía la reserva de funciones en favor de los funcionarios

habilitados, el apartado 4 de ese mismo artículo permitía que, excepcionalmente, la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación fuera atribuida a miembros de la Corporación o a funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determinara por la legislación del Estado.

Sucede que la reforma efectuada por la Ley 27/2013, además de introducir el artículo 92 bis y otros preceptos, dio una nueva redacción al artículo 92 suprimiendo la salvedad indicada. Por tanto, no ofrece la Ley apoyo a la excepción, sin duda muy razonable que establece el apartado 1 de esta disposición adicional quinta. Las razones prácticas a que alude la contestación a la demanda para justificarla seguramente pueden dar lugar a que las Comunidades Autónomas, que son las llamadas a regular por ley estas entidades, resuelvan el problema, pero, en este punto, la demanda tiene razón y, por tanto, ha de ser estimado el recurso contencioso-administrativo y declarado nulo el inciso impugnado.

La confirmación de la ilegalidad de este precepto la ofrece el artículo 3 del Real Decreto-Ley 19/2019, de 29 de marzo, por el que se prorroga para 2019 el destino del superávit de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan medidas en relación con las funciones del personal de las entidades locales con habilitación de carácter nacional. Ese precepto dice así:

«Artículo 3. Ejercicio de las funciones reservadas en las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que sean entidades locales.

El ejercicio de las funciones reservadas en las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que sean entidades locales, se ejercerá de la forma que se establezca en la normativa autonómica que les sea de aplicación.

En su defecto, se podrán ejercer por el funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional de la corporación a la que pertenezca la entidad de ámbito territorial inferior al municipio, por funcionario de la corporación, por los servicios de Asistencia

de la Diputación Provincial o en defecto de los anteriores, por cualquier otra persona con capacitación suficiente.

Asimismo, se podrán crear puesto o puestos reservados en la entidad local de ámbito territorial inferior al municipio de forma independiente para el ejercicio de las funciones reservadas, que deberán clasificarse por la comunidad autónoma respectiva».

Además de la remisión a la legislación autonómica, a falta de regulación por parte de estas, el párrafo segundo de este artículo da cobertura legal al ejercicio de las funciones reservadas por funcionarios --ya no dice “de carrera” ni, tampoco, que preferentemente pertenezca al grupo A1 o cuente con titulación universitaria-- o por cualquier persona con capacitación suficiente. Y en el preámbulo, el Real Decreto-Ley 10/2019 justifica esta solución prácticamente con los mismos argumentos hechos valer por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda.

Este artículo 3 del Real Decreto-Ley opera *pro futuro* e observarse, además, que es un precepto nuevo. Por tanto, sin perjuicio del pleno despliegue *pro futuro* de su fuerza normativa no sana la ilegalidad del último inciso del apartado 1 de la disposición adicional quinta. Puede entenderse, desde luego, que, aunque no contenga ninguna cláusula al efecto, la deroga pero esa circunstancia no quita que desde la entrada en vigor del Real Decreto 128/2018 el 18 de marzo de 2018 hasta la del Real Decreto-Ley 10/2019 el 30 de marzo de 2019, la aplicación que se haya hecho del inciso en cuestión para que funcionarios distintos de los habilitados desempeñaran funciones reservadas a estos haya sido ilegal. De ahí que tenga sentido nuestro pronunciamiento anulatorio.

8. Impugnación de la disposición transitoria segunda.

«Disposición transitoria segunda. Validez de la clasificación actual de los puestos reservados.

Se mantiene la validez de la clasificación actual de los puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en tanto no se proceda a su modificación en los términos previstos en el presente real decreto».

A juicio de la Sala, la falta de establecimiento de un plazo no supone por sí sola la ilegalidad de esta disposición. Su determinación sí posee sentido temporal, ya que conserva la clasificación de puestos reservados existente a su entrada en vigor en tanto no se modifiquen de acuerdo con el Real Decreto 128/2018 y, ciertamente, no pone ningún obstáculo a esa modificación, lo cual es razonable a la vista de que están implicadas en ella tres Administraciones según nos recuerda la contestación a la demanda.

9. Impugnación del apartado 3 de la disposición transitoria sexta.

«Disposición transitoria sexta. *Régimen transitorio de las funciones de tesorería.*

(...)

3. En las Corporaciones Locales cuya Secretaría está clasificada en clase 3.^a, excepcionalmente, la función de tesorería se desempeñará por el titular del puesto de Secretaría, siempre y cuando no sea posible que dicha función se ejerza mediante agrupación de Tesorería, o por las Diputaciones Provinciales, Entidades equivalentes o Comunidades Autónomas uniprovinciales, a través de sus servicios de asistencia técnica, o a través de acumulación o a través de un puesto de colaboración o bien no sea posible su desempeño por funcionario propio de la Entidad local».

Aquí no nos encontramos con la atribución de funciones reservadas a sujetos distintos de los funcionarios habilitados sino con una controversia sobre si cabe, en circunstancias muy singulares, que uno de ellos desempeñe excepcionalmente, las funciones de tesorería no perteneciendo a la subescala de Intervención-Tesorería que es a la que corresponde, en principio, ni a la de Secretaría-Intervención a la que el artículo 26.2 del Real Decreto 128/2018 también admite que le encomiende el puesto de trabajo de Tesorería en las agrupaciones constituidas a tal efecto según su artículo 14.

Es, pues, una atribución efectuada a título subsidiario y solamente para las corporaciones locales en las que la Secretaría está clasificada en clase tercera --según el artículo 8 de este Real Decreto: las de municipios con menos de 5.001 habitantes y un presupuesto que no excede de tres millones de euros. Estamos, por tanto, más que ante una regla permanente, como dice la demanda, ante un supuesto especial y subsidiario que pretende asegurar el ejercicio por un funcionario habilitado de la función de Tesorería en corporaciones de poca población y a título excepcional. Es, igualmente, un supuesto transitorio porque el diseño normativo apunta a que no se tenga que hacer uso de esta solución.

En las circunstancias descritas por el precepto, centrada la cuestión por la demanda en torno a la distribución de funciones reservadas entre las subescalas y no en su ejercicio por quien no tiene la condición de funcionario habilitado y teniendo en cuenta, además, los términos del apartado 2 del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y la amplia habilitación que su apartado 4 confiere al Gobierno, no consideramos que encomendar al titular del puesto de Secretaría, en las condiciones dichas, la función de tesorería incurra en un exceso que exija la anulación de este apartado de la disposición transitoria sexta.>>

TERCERO.- *Las costas procesales*

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al estimarse parcialmente el recurso no se hace imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 238/2018, interpuesto por Dña. Inmaculada Mozos Serna en nombre y representación de D. Octavio Fernández Hernández contra 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 y declarar nulo el último inciso del apartado 1 de la disposición adicional quinta que dice:

“En el caso de Entidades Locales de ámbito territorial inferior a municipio con población inferior a 5.000 habitantes podrán asignarse estas funciones a un funcionario de carrera de la propia Corporación, que preferentemente pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria”.

Segundo.- Se desestima el recurso contencioso administrativo en lo demás

Tercero.- No hacemos imposición de costas.

Cuarto.- Publíquese en el Boletín Oficial del Estado a que se refieren los artículos 72.2 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. D^a Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.