

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 165/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 604/2020

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. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo n.º 165/2018, seguido en esta Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, interpuesto por doña Maravillas Inmaculada Abadía Jover, doña Carmen Abizanda Ubiergo, doña Eva Aguilar Cortés, doña Vanesa Aguilar Raimundo, don Santiago Alfredo Alés Gil, doña Sandra María Antón García, don Pedro Ardila Bermejo, don José Manuel Bejarano Lucas, don Jesús Blanco Giró, doña Triana Cadahía Delgado, don Antonio Jesús Calancha Martín, doña María Caleyá Serrano, doña María Milagros Calvo Carballo, don Vicente José Calvo del Castillo, doña Ana María Carbajosa García, doña Eva María Casal Sanjurjo, don Álvaro Casas Avilés, don Rafael Delgado Parra, don Eduardo Delgado Pérez, don Ángel Carlos Díaz Mancha, doña Olga Dourado González, doña Inés Carolina Fábregas Cobo, doña Bibiana Fernández Díaz, doña María

de la Palma Fernández Espejo, doña Luisa de la Fuente Rodríguez, don José Antonio Fuster Gil, don Raúl Gallego Hernández, doña Ana María García Atienza, don Juan Ramón Garrido Solís, don Vicente Guillamón Fajardo, don Antonio López Gómez, doña Ana María Loureiro Silva, doña Cayetana Marmolejo García, don Pablo Emilio Martín Martín, don Juan Antonio Martínez Morales, don Jerónimo Martínez Romero, doña Eva Mota Sánchez, doña Catalina Munar Miquel, doña María Celia Nercellas Colmeiro, doña María Pilar Ortiz Zafra, doña Blanca Palacios Gamero, doña María del Carmen Pastrana Duarte, doña Irene Raliegos Álvarez, don Jacobo Manuel Rayón Cedeira, don Marc Rigó Manresa, don Víctor Rivas Muñoz, doña Manuela Robles Liria, doña María de la Vega Rodríguez Bernal, doña María Antonia Rodríguez Neira, doña Raquel Rodríguez Román, doña Virginia Ruiz Sánchez, doña Anais Ruiz Serrano, doña María Silva Taboada, don Pedro José Segura López, doña Sara Belén Troya Jiménez, don Fernando Tuero del Valle, doña Gloria de los Ángeles Vera González, doña Violeta Vicente Díaz, doña Marta Yáñez Cribeiro y doña Elena Zambrano Romero, representados por la procuradora doña Inmaculada Mozos Serna y asistidos por el letrado don Juan Francisco Mestre Delgado, 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 sido parte demandada la Administración, representada y defendida por la Abogada del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 19 de abril de 2018 en el Registro General de este Tribunal Supremo, la procuradora doña Inmaculada Mozos Serna, en representación de doña Maravillas Inmaculada Abadía Jover, doña Carmen Abizanda Ubierno, doña Eva Aguilar Cortés, doña Vanesa Aguilar

Raimundo, don Santiago Alfredo Alés Gil, doña Sandra María Antón García, don Pedro Ardila Bermejo, don José Manuel Bejarano Lucas, don Jesús Blanco Giró, doña Triana Cadahía Delgado, don Antonio Jesús Calancha Martín, doña María Caleyá Serrano, doña María Milagros Calvo Carballo, don Vicente José Calvo del Castillo, doña Ana María Carbajosa García, doña Eva María Casal Sanjurjo, don Álvaro Casas Avilés, don Rafael Delgado Parra, don Eduardo Delgado Pérez, don Ángel Carlos Díaz Mancha, doña Olga Dourado González, doña Inés Carolina Fábregas Cobo, doña Bibiana Fernández Díaz, doña María de la Palma Fernández Espejo, doña Luisa de la Fuente Rodríguez, don José Antonio Fuster Gil, don Raúl Gallego Hernández, doña Ana María García Atienza, don Juan Ramón Garrido Solís, don Vicente Guillamón Fajardo, don Antonio López Gómez, doña Ana María Loureiro Silva, doña Cayetana Marmolejo García, don Pablo Emilio Martín Martín, don Juan Antonio Martínez Morales, don Jerónimo Martínez Romero, doña Eva Mota Sánchez, doña Catalina Munar Miquel, doña María Celia Nercellas Colmeiro, doña María Pilar Ortiz Zafra, doña Blanca Palacios Gamero, doña María del Carmen Pastrana Duarte, doña Irene Raliegos Álvarez, don Jacobo Manuel Rayón Cedeira, don Marc Rigó Manresa, don Víctor Rivas Muñoz, doña Manuela Robles Liria, doña María de la Vega Rodríguez Bernal, doña María Antonia Rodríguez Neira, doña Raquel Rodríguez Román, doña Virginia Ruiz Sánchez, doña Anais Ruiz Serrano, doña María Silva Taboada, don Pedro José Segura López, doña Sara Belén Troya Jiménez, don Fernando Tuero del Valle, doña Gloria de los Ángeles Vera González, doña Violeta Vicente Díaz, doña Marta Yáñez Cribeiro y doña Elena Zambrano Romero, interpuso recurso contencioso-administrativo 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, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

SEGUNDO.- Por otro escrito de 1 de junio de 2018, la procuradora Sra. Mozos Serna, en representación de los recurrentes, solicitó la acumulación del

presente recurso al tramitado en esta misma Sección con el número 238/2018, interpuesto, así mismo, contra el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo.

Con suspensión del trámite en ambos procedimientos, se confirió traslado a la parte recurrida para alegaciones. Transcurrido el plazo otorgado al efecto, la Sala, por providencia de 20 de junio de 2018, denegó la ampliación instada, sin perjuicio de que este asunto y el n.º 238/2018 se señalen para votación y fallo en la misma fecha, alzando la suspensión que venía acordada.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 20 de junio de 2018, la procuradora doña Inmaculada Mozos Serna, en representación de los recurrentes, formalizó la demanda mediante escrito de 12 de julio siguiente en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, suplicó a la Sala que, previos los trámites de Ley, se sirva en su día 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».

Por segundo otrosí, fijó la cuantía del recurso en indeterminada. Por tercero, consideró que no es preciso acordar el recibimiento a prueba. Y, por cuarto, interesó el trámite de conclusiones.

CUARTO.- La Abogada del Estado contestó a la demanda por escrito de 20 de septiembre de 2018 en el que suplicó la desestimación del recurso "con los demás pronunciamientos legales".

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones.

SEXTO.- Formulado por la procuradora doña María Inmaculada Mozos Serna desistimiento de la recurrente doña Violeta Vicente Díaz, por decreto de 9 de octubre de 2018 se acordó tenerla por desistida, continuando el procedimiento respecto de los restantes recurrentes.

SÉPTIMO.- Evacuando el trámite conferido, las partes formularon sus conclusiones por escritos de 17 y 30 de octubre de 2018, incorporados a los autos.

OCTAVO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia de 4 de febrero de 2020 se señaló para la votación y fallo el día 24 de marzo siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- El día 12 de mayo de 2020 se procedió a la deliberación del presente recurso, continuando el 19 siguiente en que se procedió a su votación y fallo.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales y, en particular, la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

Doña Maravillas Inmaculada Abadía Jover y otros funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional interpusieron el presente recurso contencioso-administrativo 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.

Según explica su preámbulo, este Real Decreto

«trae causa de la propia Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y regula el nuevo régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, con el fin de, entre otros objetivos, garantizar la profesionalidad y la eficacia de las funciones de control interno en las Entidades Locales.

Dicha regulación está contenida, fundamentalmente, en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que prevé el desarrollo reglamentario de las especialidades correspondientes a estos funcionarios en relación con la selección, formación y habilitación, creación, clasificación, supresión y provisión de puestos reservados, así como las que afecten a su régimen disciplinario y situaciones administrativas».

Y, entre los principales objetivos que se propone, siempre según su preámbulo, figuran los siguientes:

«Evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones hasta ahora existentes.

Reforzar el papel de la Administración General del Estado en relación con los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, al asumir la selección, formación y habilitación de estos funcionarios, así como la asignación de un primer destino.

Asimismo, reforzar y clarificar las funciones reservadas a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, al entender que son básicas para el funcionamiento de las Corporaciones Locales, especialmente la función interventora, para lograr un control económico-presupuestario más riguroso, en el marco del desarrollo del artículo 213 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, lo que contribuirá a mejorar la toma de

decisiones por los cargos electos en el ejercicio del mandato representativo que tienen encomendado constitucionalmente.

Garantizar una mayor profesionalidad y eficacia en el ejercicio de las funciones reservadas.

Permitir una gestión más eficaz y homogénea de este colectivo en todo el territorio nacional, dada la importancia de las funciones que desempeñan en las Corporaciones Locales, y su repercusión en el interés general».

Esta disposición general cuenta con sesenta y ocho artículos, ocho disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales, la última de las cuales prescribía su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, la cual tuvo lugar el 17 de marzo de 2018.

Los recurrentes anunciaron al interponerlo que impugnaban sus artículos 2.4, 6, 15.4, 20, 21 y 49 y las disposiciones adicionales segunda, quinta y sexta, así como las transitorias segunda y sexta. Posteriormente, en la demanda precisaron sus pretensiones en el sentido que vamos a indicar en el siguiente fundamento.

Hay que hacer constar que contra el Real Decreto 128/2018 se siguen también en esta Sala los recursos n.º 222/2018, interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, y n.º 238/2018, interpuesto por don Octavio Fernández Hernández y otras cuatro funcionarias de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

En el recurso n.º 222/2018, el Consejo General pretende que declaremos nulos:

«1.- Los incisos “previa solicitud de la Corporación Local correspondiente y conformidad del funcionario interesado, o bien”. Y “y la conformidad de la Corporación Local” del párrafo primero del apartado primero del artículo 49.

2.- La letra d) en su totalidad del apartado tercero del artículo 49.

3.- La Disposición adicional quinta en su totalidad.

4.- El inciso “declarar a extinguir” de la Disposición adicional sexta. Y

5.- Los incisos “excepcionalmente”, “por el titular del puesto de Secretaría, siempre y cuando no sea posible que dicha función se ejerza”, y “bien no sea posible su desempeño” del apartado tercero de la Disposición transitoria sexta».

Y en el recurso n.º 238/2018, deliberado al mismo tiempo que éste, se pretende que declaremos nulos exactamente los mismos preceptos impugnados en el que nos ocupa y por las mismas razones.

SEGUNDO.- *La demanda de doña Inmaculada Maravillas Abadía Jover y otros funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.*

Tras referirse brevemente al proceso de elaboración del Real Decreto y al contenido del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, explica que todos los recurrentes son funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que, tras una tarea de reflexión, análisis y debate, han considerado preciso impugnar algunos preceptos porque los tienen por contrarios a Derecho y producen consecuencias perjudiciales para sus derechos e intereses y para la significación de la Escala de Habilitados Nacionales. Adelantan que, en algún caso, especialmente, en el artículo 49, la nueva regulación “afecta gravísimamente al principio de independencia y por relación al de imparcialidad, al condicionar los nombramientos provisionales a la autorización de la Entidad Local”. Además, explican que no han tenido la oportunidad de alegar en el procedimiento de elaboración del Real Decreto, pues no se les dio trámite de audiencia.

Seguidamente, pasa la demanda a exponer las razones por las que impugna los siguientes preceptos: artículos 2.4; 6.3; 15.4; 20.3 (y

correlativamente los artículos 24.1 y 25.1); 21.1, tercer párrafo, inciso “deberán, en todo caso, tener dos años de servicio activo en la subescala”); y 49, apartado 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.

A fin de situar mejor los argumentos en que fundamentan su impugnación, reproduciremos, primero, el texto de cada precepto recurrido y a continuación las razones principales por las que la demanda lo considera contrario a Derecho.

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».

Dice la demanda que este apartado hace posible que puedan encomendarse a los funcionarios en cuestión cualesquiera otras funciones o tareas por cualesquiera otras normas o cualesquiera otras formulaciones, sea cual sea su rango, procedencia, competencia, significación o efectos. De ese modo, añade, se podría sobrecargar a uno o a varios o a todos “con funciones diversas sin limitación ni garantía alguna” con las consiguientes consecuencias perjudiciales para el correcto ejercicio del cometido que les confiere la Ley. Destaca que es una previsión nueva y que procede de una sugerencia del Instituto Nacional de Administración Pública, recuerda que hubo alegaciones, no acogidas, dirigidas a que se sustituyera “ordenamiento jurídico” por norma con rango legal. Y sostiene su invalidez porque la determinación de las funciones de estos funcionarios es un elemento esencial de su régimen jurídico y porque corresponde al Estado regularlas debiendo ser atribuidas sus

competencias de forma precisa en el ámbito del propio Reglamento aprobado por el Real Decreto 128/2018 y, en general, por la legislación específica.

Este apartado 4 es, dice, una cláusula abierta, abstracta y genérica que carece de justificación objetiva y razonable y que no tiene otra finalidad que establecer una suerte de habilitación genérica, abstracta e incondicionada, para que puedan encomendarse a los integrantes de la escala cualesquiera otras funciones sin límite ni requisito alguno, poniendo en peligro el ejercicio de las funciones que la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local confía a los integrantes de la Escala.

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 funcionarial 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».

Observa que se propuso su eliminación pues viene a recuperar el antiguo artículo 166 del Real Decreto Legislativo 781/1986, derogado por el Estatuto Básico del Empleado Público en 2007 y apunta que su finalidad es, de acuerdo con el informe de la Secretaria General de Coordinación Autonómica y Local de 5 de junio de 2014, “configurar un concepto/status muy amplio” con el objetivo de una “amplia asignación de funciones para “evitar la rigidez en la definición de las mismas”.

La demanda, sostiene la invalidez del precepto porque los puestos reservados a habilitados no son materialmente idénticos a los demás que las

entidades locales pueden crear o suprimir y, razonando desde la protección de las funciones legalmente atribuidas a estos funcionarios, señala que no se precisa cuándo debe figurar en la relación de puestos de trabajos esa asignación, si bien la considera inválida tanto si es antes como si es después de ésta. Si es antes, porque, en realidad, la atribución no se haría al presidente. Y si es después porque no está justificado ni es coherente encomendar al presidente una atribución de funciones condicionada a la modificación de la relación de puestos de trabajo.

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».

Los recurrentes evocan las alegaciones con que, en el trámite de audiencia, pidieron la supresión de este apartado y que no fueron aceptadas porque se consideró que iría contra el principio de autoorganización de las entidades locales. Sostienen, seguidamente, que aquí no está en juego la potestad de autoorganización y, en cambio, esta previsión carece de justificación y vulnera el principio de proporcionalidad además de entrañar consecuencias perjudiciales para la protección del derecho al cargo de los funcionarios e, incluso, para el ejercicio de las competencias autonómicas. En apoyo de su planteamiento citan el Decreto 32/2013, de 8 de febrero, de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 6.5 prohíbe la supresión de los puestos de colaboración mientras se hallen ocupados por funcionarios con habilitación

de carácter nacional con nombramiento definitivo obtenido por concurso de méritos. Por tanto, dicen, este artículo 15.4 desactiva la prohibición efectuada por una disposición autonómica.

Y, contemplado desde la perspectiva de la protección del funcionario, creen que incide en su independencia e imparcialidad porque las garantías que prevé son menores que las que establece el artículo 47 del mismo Reglamento para los supuestos de ceses en puestos de libre designación, con los que viene a equiparar a este supuesto, sin que haya para ello justificación objetiva y razonable. Y es que, destaca, con este precepto, la entidad local, acordando la supresión del puesto, puede lo que no podría hacer de otro modo: quitar o suprimir a un funcionario que con la aplicación de la legalidad pudiera molestar o inquietar.

Por otro lado, entiende que la Ley 27/2013 no ofrece cobertura a este apartado pues no contribuye a asegurar la independencia y profesionalidad de los habilitados estatales.

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-Tesoreros de categoría superior el desempeño de los puestos de trabajo mencionados en el artículo 13.1 de este real decreto».

Para la demanda esta regulación no sólo impide a quienes accedan a la categoría superior ocupar puestos en entidades locales pertenecientes a la categoría de entrada, sino que también les priva de la categoría de entrada. Este es un efecto singular, señala, en el entorno general de la regulación del empleo público en el que la regla es que no se pierda la condición de funcionario de un cuerpo o escala al acceder a otro, sino que queda en ellos en situación de excedencia y puede, por tanto, regresar a los mismos. Indica que el Consejo de Estado formuló una observación esencial frontalmente contraria a esta regla. Decía que no había justificación en el expediente y no podía deducirse del artículo 92. bis 3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y que situaba al funcionario de una subescala que ha accedido a la categoría superior en peor condición que los de entrada que no hayan querido o podido acceder a esa categoría superior. Para el Consejo de Estado, indica la demanda, era precisa una norma de rango legal que lo dispusiera.

Después, se hace eco de las alegaciones que en el curso del expediente criticaron el precepto y afirma que son improcedentes la pérdida de la categoría de entrada por acceder a la superior y la limitación consistente en que los funcionarios de la categoría superior no puedan ocupar puestos de categoría de entrada. La primera regla la considera injustificada y desproporcionada. Explica que es contraria a la que rige con carácter general en la función pública y resulta de los artículos 1.3 b), 14 c) y 16.3 c) del Estatuto Básico del Empleado Público; del artículo 85 2 b) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y del artículo 356 a) y b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Implica, además, sigue diciendo la demanda, una

restricción al derecho a la promoción profesional y no viene exigida por el artículo 92 bis 3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Al entender de los recurrentes, tampoco demandan los intereses públicos la solución del precepto reglamentario impugnado.

Por lo que hace a la segunda regla, la que impide a los funcionarios de la categoría superior ocupar puestos de categoría de entrada, mantiene la demanda que el precepto se opone a la interpretación efectuada por el Consejo de Estado y no consigue saber para qué sirve. Dice que ni es verosímil ni respalda la experiencia que la mayoría de los habilitados de categoría superior decidan ocupar puestos de entrada. Además, no se aplica siempre ya que el artículo 26.1 prevé que 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.

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».

Los recurrentes sostienen que esa exigencia de dos años en activo -- nueva, pues antes se pedían tres años de antigüedad en la subescala, cosa diferente a la antigüedad en activo-- restringe o limita indebida e injustificadamente el derecho de los funcionarios, en contra de lo previsto en la

Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y, desde luego, sin que ésta la habilite. Impide, afirman, la promoción profesional reconocida por el artículo 14 c) del Estatuto Básico del Empleado Público e indican que el artículo 92 bis 8 de aquélla no regula la promoción sino el tiempo exigido para participar en concursos, lo cual es distinto. Rechazan que el artículo 18.2 del Estatuto Básico ofrezca cobertura legal al precepto cuestionado porque la participación en las pruebas selectivas para acceder a la Subescala de Secretaría o de Intervención-Tesorería desde la de Secretaría-Intervención no es un supuesto de promoción interna vertical. De acuerdo con el artículo 16.3 c), explican, ésta consiste en ascender desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que no tenga subgrupo, a otro superior de acuerdo con el artículo 18. Y sucede, dicen, que las subescalas citadas no son superiores a la de Secretaría-Intervención sino diferentes.

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.

(...).

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 requisito de la autorización de la corporación local, sostiene la demanda, no sólo carece de justificación objetiva y razonable, sino que lesiona el derecho del funcionario a ocupar puestos de trabajo conforme a los criterios de mérito y capacidad. Evoca las alegaciones de varias Comunidades Autónomas contrarias y la del Instituto Nacional de Administración Pública para el que el parecer de la corporación debía ser preceptivo, pero no necesariamente favorable, así como la que se apoyaba en varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia para afirmar que no cabe la exigencia de esta conformidad local.

La demanda considera que este inciso excede de la habilitación legal e incorpora un requisito artificioso que limita el derecho de los funcionarios y posibilita que quede vacante el puesto para que lo cubran funcionarios de la entidad local sin que haya razón que lo justifique. La Ley no prevé la conformidad de esta última, insiste, sino que propicia que la provisión, aun provisional, dependa libremente de la entidad local y favorece notables situaciones de discriminación, como la de que no se dé esa conformidad a mujeres embarazadas o por motivos de género, religiosos o políticos. Apunta que no se exige que el informe de la corporación local sea motivado. Y que su silencio o la falta de emisión de su parecer provocará la permanencia de la vacante. Cita dos ejemplos al respecto para poner de manifiesto que no se trata de una hipótesis. Además, resalta que, de este modo, la entidad local que ha denegado la autorización puede, mediante el procedimiento del artículo 52, nombrar a uno de sus funcionarios que no pertenezca a la subescala de habilitados. En fin, señala que la jurisprudencia ha respaldado de manera rotunda la regla de que los responsables políticos no pueden interferir en la actividad de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, reproduce parte de los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional 45/2017 y considera que la necesidad de consentimiento de la entidad local merma las condiciones de independencia y objetividad de los funcionarios habilitados.

Las mismas razones que acabamos de resumir, al parecer de la demanda, conducen a considera contrario a Derecho el artículo 49.3 d).

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».

Tampoco encuentra justificación la demanda para permitir que las funciones de los habilitados sean asumidas por funcionarios de la entidad local menor con población inferior a 5.000 habitantes. Entiende, asimismo, que contradice abiertamente al artículo 92.bis 1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y no cuenta con la necesaria habilitación normativa. El Real Decreto 128/2018 va, pues, *ultra vires*. Añade que, si bien el artículo 24 bis de dicha Ley remite a las Comunidades Autónomas la regulación de esas entidades y establece que carecen de personalidad jurídica, la disposición transitoria cuarta 1 de la Ley 27/2013 prevé que las existentes a su entrada en vigor mantengan su personalidad jurídica y la condición de entidad local. Recuerdan los recurrentes que ejercen potestades públicas que implican funciones reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional y que no hay ninguna razón para excepcionar la regla general del artículo 92 bis citado.

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».

Nos llama la atención la demanda sobre la inexistencia de plazo para que cada entidad local acomode su estructura organizativa a este Real Decreto 128/2018 y sobre la consecuencia: cada entidad local podrá proponer esa acomodación cuando le parezca oportuno o, simplemente, no hacerlo y mantener la situación preexistente. Así, pues, afirma, esta disposición transitoria segunda es inválida porque vacía materialmente de contenido la regulación sobre clasificación de puestos de trabajo que así pierde su carácter vinculante. Hace posible, insiste, la mera inaplicación de la regulación contenida en el Reglamento y carece de todo elemento de transitoriedad.

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».

Dicen los recurrentes que la atribución de las funciones de tesorería al titular del puesto de Secretaría, en los términos que se hace, no es ajustada a Derecho. Según el artículo 26.1, recuerdan, el desempeño del puesto de Tesorería corresponde a los Interventores-Tesoreros y únicamente en el

supuesto de agrupaciones voluntarias constituidas al efecto entre entidades locales cuya Secretaría esté clasificada en la clase segunda o tercera puede corresponder al Secretario-Interventor (artículos 26.2 y 14). Pues bien, exponen, el apartado 3 de esta disposición transitoria sexta, sin cobertura en la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local ni en el propio Reglamento, fija una regla permanente y atribuye una competencia y una responsabilidad al Secretario de la entidad local que no se le ha conferido en el articulado. Además, el precepto se formula a partir de una premisa que no debería producirse: el de que las funciones de Tesorería no se prestarán en la entidad desde un puesto de trabajo correspondiente al específico habilitado nacional por falta de recursos económicos. Así, prosiguen, se facilita, de forma estable, no transitoria, la atribución de esas funciones al Secretario, que verá multiplicada su actividad con evidentes consecuencias. Y se hace dando como posible que la Diputación Provincial incumpla sus funciones de asistencia técnica, hipótesis no prevista.

TERCERO.- *La contestación a la demanda de la Abogada del Estado.*

La contestación a la demanda, antes de enfrentarse a las impugnaciones de los preceptos cuya nulidad piden los recurrentes, se extiende sobre el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y nos dice que el Real Decreto 128/2018 es un reglamento ejecutivo del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y se dirige a dotarles de un marco jurídico actualizado a las previsiones de ese precepto que aclare y unifique la normativa vigente sobre este colectivo, dotando de seguridad jurídica al sistema, dado que la recogida en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, era transitoria y había quedado obsoleta y superada por el régimen jurídico de la función pública en general y por las novedades de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Situación, continúa explicando, agravada por la modificación de esta Ley 27/2013 por la Ley 18/2015, de 9 de julio, y por la modificación del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre.

Recuerda que en la gestión de estos funcionarios participan tres Administraciones: la General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las entidades locales. A las Comunidades Autónomas, precisa, corresponde la competencia de autorizar los nombramientos provisionales, las comisiones de servicios y las acumulaciones, así como el nombramiento de funcionarios interinos y accidentales.

Seguidamente, se ocupa de explicar, a partir de los datos del Registro de Entidades Locales del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, cuál es la realidad local de España. La integran 13.023 entidades locales: 8.114 municipios, 50 provincias, 11 islas, 3.722 entidades de ámbito inferior al municipio, 1.014 mancomunidades, 81 comarcas, 4 áreas metropolitanas y 17 entidades de otra naturaleza. Observa que sólo en Castilla y León hay 9 provincias y más de 4.600 entidades. Señala luego que hay 6.797 municipios con menos de 5.000 habitantes (83,75%), que el 11,29% cuenta con entre 5.001 y 20.000 habitantes mientras que el 4,35% de los municipios tiene más de 20.000 habitantes. Añade que, según el Registro Integrado de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, existen 8.393 puestos reservados obligatorios y un número muy elevado de vacantes: 4.316.

El Reglamento, continúa, es normativa básica que fija el mínimo común y uniforme, dirigido a garantizar la profesionalidad y eficacia de la función de control interno de la actividad local que corresponde a estos funcionarios, pero es, advierte, susceptible de desarrollo por las Comunidades Autónomas a fin de adaptarlo cada una a las peculiaridades e idiosincrasia de la propia realidad local.

Se ocupa, a continuación, de la tramitación del Real Decreto 128/2018 y dice, a propósito de la indicación de la demanda de que los recurrentes no pudieron alegar, que el proyecto se tramitó conforme a lo previsto por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y que constan las alegaciones presentadas por las organizaciones y asociaciones

reconocidas cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la disposición.

Y, ya sobre cada una de las impugnaciones, dice lo siguiente.

1. Impugnación del artículo 2.4.

Destaca que el Consejo de Estado no formuló ninguna observación sobre este precepto y que las funciones reservadas a la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional son las que relaciona el artículo 92 bis 1 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el propio Real Decreto 128/2018 y que la asignación de cometidos a las subescalas, añade, la efectúa el artículo 92 bis 2. No son, precisa, enumeraciones exhaustivas. Recuerda que diversos cuerpos legales han ido atribuyéndoles funciones en su condición de fedatarios públicos y por su responsabilidad en el manejo de caudales públicos: por ejemplo, en materia de contratos, de registro civil o hipotecaria.

Considera prematura la impugnación y dice que será cuando el ordenamiento jurídico les encomiende nuevas funciones cuando podrá apreciarse si hay arbitrariedad o falta de rango normativo en su asignación.

2. Impugnación del artículo 6.3.

Tampoco hizo aquí ninguna observación el Consejo de Estado, resalta la contestación a la demanda. Además, llama la atención sobre la circunstancia de que los puestos de trabajo reservados a estos funcionarios son de la corporación local, han de figurar en sus plantillas y relaciones de puestos de trabajo y se retribuyen con cargo a los presupuestos locales. Observa que, al tomar posesión, pasan a depender de esa corporación (artículo 42.2 del Real Decreto 128/2018) y su jefe de personal es el alcalde [artículo 21.1h) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local] y dice que es necesario diferenciar entre funciones y puestos. Las primeras son las establecidas en su artículo 92 bis 1 y en el Real Decreto 128/2018 y

distribuidas entre las subescalas por el apartado 2 de ese artículo 92 bis 2. Recuerda que los puestos reservados a estos funcionarios son, según el artículo 6.1 del Real Decreto 128/2018, los que tienen atribuida la responsabilidad administrativa de las funciones que enumeran los artículos precedentes. La posibilidad abierta por el apartado 3 del artículo 6, sigue diciendo, de confiarles otras funciones “distintas o complementarias” y “compatibles con las propias del puesto y adecuadas a su grupo y categoría profesional” no encuentra ningún impedimento legal siempre que se mantengan las funciones reservadas. Además, reprocha a los recurrentes partir de la premisa equivocada de que los puestos reservados son materialmente idénticos a los demás que pueden crear o suprimir las entidades locales en el ejercicio de su potestad de autoorganización.

Observa que la realidad local es muy variada y que debe haber la flexibilidad necesaria para solucionar las múltiples cuestiones que se pueden plantear. Insiste en que los puestos reservados a los funcionarios con habilitación de carácter nacional son de la corporación y que algunos los crea o suprime ella misma. Y que también puede asignarles otras funciones.

Llama la atención, igualmente, sobre el hecho de que en su recurso el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL) no ha impugnado los artículos 2.4 y 6.3 y que en numerosas ocasiones pidió que se previera normativamente la posibilidad de encomendar a los funcionarios con habilitación de carácter nacional otras funciones de gerencia y directivas.

Destaca, por último, que son precisos estos requisitos para esta atribución: que sea el presidente de la corporación el que la efectúe, que se incluya en la relación de puestos de trabajo y que la apruebe el pleno. Y, por último, cree que también esta impugnación es prematura.

3. Impugnación del artículo 15.4.

Apunta la contestación a la demanda que el Real Decreto 128/2018 se ha dictado en virtud del artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y que las especialidades de creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional se rigen por normas básicas estatales y no pueden verse influidas por la normativa autonómica anterior. Por eso, ve irrelevante la alegación del Decreto valenciano 32/2013. Señala, después, que el artículo 15 regula los puestos de colaboración como no obligatorios y para funciones de colaboración inmediata y auxilio a las de Secretaría, Intervención y Tesorería, o sea a los puestos obligatorios, bajo la dependencia funcional y jerárquica del titular de la Secretaría, Intervención o Tesorería. Y, si corresponde a la entidad local crear estos puestos de colaboración reservados a funcionarios habilitados, ve lógico que pueda suprimirlos sin esperar a su jubilación. Observa, seguidamente, que la jurisprudencia sobre el derecho al cargo de los funcionarios no implica el derecho al puesto y recuerda lo dispuesto por los artículos 78.3, 79.4 y 83.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y las garantías que contempla el Real Decreto 128/2018 para el caso de que se suprima el puesto de colaboración ocupado por el funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional: (i) la de este mismo artículo 15.4; (ii) la posibilidad prevista en el artículo 49.1 párrafo tercero de solicitar un nombramiento provisional; y (iii) la asimilación prevista por el artículo 58.2 de la del afectado a la situación administrativa de servicio activo. Concluye este apartado la contestación a la demanda afirmando que este artículo 15.4 se ha redactado atendiendo a la habilitación normativa del artículo 92 bis.

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

Precisa, en primer lugar, que la observación efectuada por el Consejo de Estado al artículo 20.3 --no hizo ninguna a los artículos 24 y 25-- fue aceptada y modificado el texto en el sentido propuesto por el dictamen. A continuación, nos recuerda que la Escala se subdivide en tres subescalas: Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención. Y que en cada

una de las dos primeras hay dos categorías: de entrada y superior. Por tanto, advierte, los términos subescala y categoría no son equivalentes. A su vez, prosigue, la pertenencia a una u otra categoría dentro de la subescala determina los puestos que se pueden desempeñar con carácter definitivo. La clasificación de los puestos, añade, la establece el Real Decreto 128/2018 (artículos 8 y 13) en función del número de habitantes.

Llegada aquí la contestación a la demanda dice que, en la subescala, el acceso a la categoría superior implica la pérdida de la categoría de entrada. Es lógico, observa, si de lo que se trata es de promocionar y solamente puede accederse a la superior desde la de entrada. Cosa distinta, continúa, es la promoción interna de una escala a otra, regulada en el artículo 21 y la declaración de situaciones administrativas se hace en relación a la subescala a la que se pertenece. Así, se declarará excedente por prestar servicios en otra al funcionario que pertenezca a dos o más pero no al de una categoría por estar activo en otra de la misma subescala, pues no puede pertenecer a dos categorías al mismo tiempo.

Vuelve la contestación a la demanda sobre el dictamen del Consejo de Estado respecto del artículo 20.3 del proyecto para explicar que no se refirió a la pérdida de la categoría de entrada por acceder a la superior tomando posesión de ella, sino a que se impidiera concursar a otros puestos de categoría de entrada mientras no se hubiera tomado posesión de uno de categoría superior y, por tanto, no se hubiera perdido la de entrada. Esa prohibición, resalta, se suprimió eliminando el párrafo correspondiente.

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

Tampoco en este caso hizo observación alguna el Consejo de Estado, dice la contestación a la demanda. Además, señala que el artículo 92 bis 5 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local reserva al Estado la aprobación de la oferta de empleo público, la selección, formación y habilitación de los funcionarios de Administración Local con habilitación de

carácter nacional. Y que su apartado 1 les somete, en lo no previsto por esa Ley, a lo dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como a la legislación de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución.

Además, apunta que el artículo 18 del Estatuto Básico, cuyos efectos se producirán a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública dictadas en su desarrollo, se refiere a la promoción interna desde un grupo de titulación a otro. Aquí, resalta, se trata de una promoción interna horizontal dentro del mismo grupo de titulación. Por eso, continúa, de acuerdo con el artículo 92 bis 5 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, se han regulado los requisitos para esa promoción desde la subescala de Secretaría-Intervención a las de Secretaría, categoría de entrada e Intervención-Tesorería, categoría de entrada. Las tres subescalas, precisa, están adscritas al grupo A, subgrupo A1, aunque entre ellas hay diferencias tanto para el acceso cuanto respecto de los puestos a desempeñar. Reitera que no hay promoción interna entre las subescalas de Secretaría, categoría de entrada, e Intervención, categoría de entrada, sino solamente desde la de Secretaría-Intervención a las de Secretaría, categoría de entrada, e Intervención-Tesorería, categoría de entrada.

Considera, en fin, que exigir dos años de servicio activo en la subescala de Secretaría-Intervención, aunque el supuesto no sea idéntico, es coherente con el régimen previsto en el artículo 18 del Estatuto Básico del Empleado Público. Y se puede considerar lógico, añade, exigir un mínimo de experiencia en el desempeño de puestos reservados.

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.

Niega la contestación a la demanda que el artículo 49 entre en contradicción con el artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Dice que, al contrario, se ha dictado en desarrollo de sus

apartados 6 a 8 y que, al haber sido derogado el Real Decreto 1732/1994, ninguna vinculación ha de existir con lo que disponía. Afirma que el precepto controvertido es más acorde con el respeto al principio de autonomía local y con la defensa del interés general y el ejercicio de las funciones reservadas, pues no tiene sentido que sólo pueda solicitar el nombramiento provisional el funcionario y no la corporación local ya que entonces ésta tendría que esperar *sine die* a que algún funcionario habilitado pidiera el puesto. No tendría sentido porque la corporación sí puede pedir a la Comunidad Autónoma un nombramiento en comisión de servicios, accidental o interino. Destaca que, si se trata de funcionarios habilitados que piden el reingreso al servicio activo mediante este nombramiento provisional o han sido cesados de puestos de libre designación o se les suprimió el de colaboración y piden este nombramiento provisional, no hace falta la conformidad de la corporación y que, incluso, con su informe desfavorable se podrá hacer el nombramiento.

Reitera, asimismo, que los funcionarios habilitados lo son de la Administración Local, no de la Administración del Estado, y que, siendo ésta una forma de provisión no definitiva que afecta a la corporación local, es necesaria su conformidad sin que ello vulnere el artículo 92 bis. Además, recuerda que los nombramientos accidentales y los interinos son competencia autonómica y recuerda también cuanto dispone el artículo 54 del Real Decreto 128/2018. Por eso dice, que el Reglamento prevé los mecanismos para que no se dé la situación que dice la demanda de facilitar la perpetuación de interinos o con nombramiento accidental pues permite que pueda ser revocado, en su caso, y efectuarse el nombramiento provisional aun sin conformidad de la corporación local cuando se solicite por reingreso al servicio activo, cese en puestos de libre designación y supresión de puesto de colaboración. En los demás supuestos de solicitud de nombramiento provisional, ha de contarse con la conformidad de la corporación local. En este punto, recuerda que el procedimiento ordinario de provisión es el concurso y que anualmente se convocan dos, el ordinario y el unitario, de manera que el funcionario interesado en otro destino puede participar en ellos siempre que lleve dos años en el último logrado con carácter definitivo.

Y, observa, reconocer a la corporación local la iniciativa para efectuar el nombramiento provisional no es una suerte de libre designación encubierta, ni se presta a que nunca lo solicite y mantenga indefinidamente a los nombrados de manera interina o accidental, pues los puestos reservados ocupados interina o accidentalmente se convocan anual y obligatoriamente por el Estado en el concurso unitario (artículos 28 y 43). Si solamente dependiera de la solicitud del funcionario habilitado interesado y no se requiriera el parecer favorable de la entidad local, advierte la contestación a la demanda, podrían quebrar los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo en detrimento de la eficacia requerida en el desempeño de las funciones reservadas. Al respecto, dice que, bajo el Real Decreto 1732/1994, el nombramiento provisional se usó para eludir la obligación de permanecer dos años en el último destino.

Contra la pretensión de nulidad del apartado 3 d), a los argumentos anteriores añade que contempla un nombramiento con carácter excepcional, lo cual hace más necesario si cabe el informe favorable de la corporación local.

Considera, asimismo, que la alegación relativa al perjuicio que el precepto causaría a la carrera profesional, mezcla cuestiones diferentes: el derecho a esa carrera y el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. No se entiende, dice, en qué medida ese derecho se ve afectado ya que los nombramientos provisionales no afectan al acceso, selección, promoción interna ni a la provisión definitiva del puesto. Por lo demás, recuerda que las Comunidades Autónomas pueden, dentro de la legislación básica estatal, legislar sobre la materia y que son las competentes para efectuar estos nombramientos y que por eso la normativa básica les deja espacio de flexibilidad para que lo hagan teniendo en cuenta las peculiaridades e idiosincrasia de su Administración Local.

Terminan las alegaciones de la contestación a la demanda a esta impugnación diciendo que en la normativa estatal la figura más próxima al nombramiento provisional es la de la adscripción provisional del artículo 63 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, la cual sólo puede aplicarse en los

supuestos expresamente previstos en ese precepto y de forma condicionada a las necesidades del servicio y a la existencia de vacante adecuada de necesaria provisión (artículo 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública). Y que esas necesidades también se tienen que considerar en otros sistemas no definitivos de provisión de puestos, como las comisiones de servicios (artículo 64 del Real Decreto 364/1995).

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

Precisa la contestación a la demanda que la pretensión de nulidad del apartado 1 comporta, en realidad, la de toda la disposición adicional quinta ya que, declarado nulo, pierde su sentido el 2 y se opone a ella recordando, en primer lugar, que el artículo 3.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción vigente, la que le da la Ley 27/2013, priva de la consideración de entidades locales a las de ámbito inferior al municipio y que, en consecuencia, solamente podrán constituirse como entidades desconcentradas sin personalidad jurídica. Cita aquí las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 41 y 111/2016. Reconoce que, transitoriamente, las existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/2013 que presentaron sus cuentas antes del 31 de diciembre de 2014 mantendrán su condición y personalidad. Es, pues, dice, el de estas entidades un modelo a extinguir. Por eso, explica, se abordó su régimen en una disposición adicional.

Explica, luego, que en ellas se ejercen funciones de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, gestión económica, financiera, presupuestaria y de contabilidad, tesorería y recaudación y que, como implican el ejercicio de potestades públicas, deben estar reservadas a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y, en todo caso, a funcionarios públicos. Ahora bien, sigue explicando que esto no significa que en toda entidad local, con independencia de su población y presupuesto, deban existir puestos de secretaría, intervención y tesorería, como puestos independientes. Recuerda que el Real Decreto 1732/1994 permitía que, en municipios de



menos de 5.001 habitantes y con presupuesto no superior a quinientos millones de pesetas, sólo hubiera un puesto reservado a funcionarios de la subescala de Secretaría-Intervención y que la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podían ser atribuidas a un miembro de la corporación o a un funcionario de la misma. Y que su artículo 8, para las entidades de ámbito inferior al municipio, preveía la posibilidad de que las funciones de secretaría las ejerciera, por este orden, el secretario del municipio, un funcionario de la corporación o cualquier persona con capacitación suficiente.

De ahí concluye la contestación a la demanda que nunca ha estado prevista la existencia de puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional en las entidades de ámbito inferior al municipio. Aquí observa que son 3.704, 2.223 de las cuales se hallan en Castilla y León y 1.231 en la provincia de León. Y que son 6.797 los municipios con menos de 5.000 habitantes (el 87,75% de todos los de España) con un solo puesto reservado a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y que existe un gran número de vacantes en esos Ayuntamientos.

Afirma que es inviable que cada entidad de ámbito inferior al municipio cuente con puestos reservados a las diferentes funciones. De ahí los cambios que el Real Decreto 128/2018 establece respecto del régimen previsto por el Real Decreto 1732/1994. En particular, que las funciones de secretaría no puedan desempeñarse por un vecino, que era lo que sucedía habitualmente, sino que deban ejercerse por un funcionario de carrera. Además, indica que no era necesario advertir que esta disposición adicional quinta se aplicará en defecto de normativa autonómica, ya que el Real Decreto 128/2018 no desplaza la que se dicte.

Apunta, igualmente, que la regulación alcanzada por el precepto ha tenido en cuenta a todas las partes implicadas --Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales incluidas-- pero que esto no implica su nulidad. Para la contestación a la demanda lo que se debe hacer es buscar soluciones a través del desarrollo de la normativa básica por las Comunidades Autónomas,

tal como ha hecho Castilla y León con el Decreto 33/2013, de 18 de julio (i); o mediante el apoyo y asistencia de las Diputaciones Provinciales y Consejos Comarcales [artículos 26.3 y 36.2 c) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local] (ii).

8. Impugnación de la disposición transitoria segunda.

Esta impugnación responde, para la contestación a la demanda, a motivos de valoración subjetiva o de oportunidad, no de legalidad. Explica que no hay plazo porque son tres las Administraciones que participan en la reclasificación de los puestos de trabajo y no se les pueden imponer obligaciones formales respecto de sus facultades de autoorganización.

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

Señala que esta disposición transitoria sexta obedece a la dificultad que implica la aplicación inmediata del Real Decreto 128/2018. Recuerda que ha desarrollado el artículo 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que atribuye la función de tesorería a la Subescala de Secretaría-Intervención. También recuerda que en las entidades locales con secretarías clasificadas en clase tercera --las de menos de 5.000 habitantes-- hay un único puesto obligatorio reservado a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, reservado, a su vez, a la Subescala de Secretaría-Intervención. Y que esta es la situación del 83,75% de los municipios de España.

Apunta que la atribución a esa subescala de las funciones de tesorería no significa que en todas esas entidades locales deba crearse un puesto único de tesorería, pues difícilmente podrían hacer frente al sostenimiento de tres puestos de trabajo reservados a funcionarios habilitados del subgrupo A1 y el volumen de trabajo tampoco lo podría justificar en la mayoría de los casos. Además, dice que hay que contar con el gran número de vacantes existentes.

Subraya que con la regulación de los artículos 92 y 92 bis de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, ya no cabe que otros funcionarios no habilitados o miembros de la corporación ejerzan las funciones de tesorería. Esto ha supuesto, informa, un auténtico problema en las entidades de menos de 5.000 habitantes que habían encomendado ese cometido a uno de sus concejales. La disposición transitoria sexta, dice, trata de hacer frente a esa situación.

Termina la contestación a la demanda con unas consideraciones sobre la que llama “grave situación creada por las protestas efectuadas por el Consejo General ahora demandante y por parte de los secretarios-interventores” respecto de la creación de agrupaciones de tesorería, solución, dice, “respetuosa tanto con el ejercicio de las funciones de tesorería por funcionario con habilitación nacional, como con la realidad local”. Dice, también, que la pretensión de aunar en una misma persona el ejercicio de las funciones de intervención y tesorería choca con esa realidad y que no se puede ignorar que un elevado número de secretarios han asumido las funciones de tesorería como propias de su puesto de trabajo sin problema alguno, lo cual, precisa, “el propio Consejo General ahora demandante, admitió”. En fin, nos dice que el Consejo de Estado no puso la menor objeción a esta disposición transitoria sexta.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.*

Una vez recogidas con cierto detalle las posiciones expresadas por las partes en sus extensos escritos de demanda y contestación, nos vamos a pronunciar sobre cada una de las impugnaciones. Antes, advertimos 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 “habiendo 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 al Consejo de Estado debía estar amparada en un 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 advertamos 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.

QUINTO.- Costas.

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

(1.º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo nº 1652018, interpuesto por doña Maravillas Inmaculada Abadía Jover y otros 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».

(2.º) No hacer imposición de costas.

(3.º) Ordenar la publicación 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.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

