

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ENTIDADES LOCALES. ANDALUCÍA. MANCOMUNIDADES. LA APROBACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE SUS ESTATUTOS EXIGE EL MISMO PROCEDIENTOS QUE PARA SU APROBACIÓN. INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 74.2 DE LA LEY 5/2012, DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA.

Sentencia número 19/2022 de 9 de febrero del Pleno del Tribunal Constitucional.

Cuestión de inconstitucionalidad 3523/2021.

Ponente: Enrique Arnaldo Alcubilla.

La cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respecto del inciso "y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal" del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, por posible infracción del art. 149.1.18 CE.

La previsión cuestionada se halla en la sección primera, "Mancomunidades de municipios", del capítulo segundo, "Entidades e instrumentos para la cooperación", del título quinto, "Cooperación territorial", de la indicada Ley andaluza 5/2010. El artículo que incluye el inciso cuestionado se refiere al procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades de municipios (art. 74). Sus dos primeros apartados disponen lo siguiente (en cursiva el inciso cuestionado):

"1. La modificación de los estatutos se regirá por lo previsto en los mismos, que deberá respetar, en todo caso, lo establecido en la presente ley.

2. La iniciativa para la modificación de los estatutos podrá partir de cualquiera de los municipios mancomunados o del órgano de gobierno de la mancomunidad, y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal. En su procedimiento serán trámites obligatorios el sometimiento a información pública por plazo mínimo de un mes y la audiencia a las diputaciones provinciales afectadas para que la informen en plazo no inferior a un mes".

El precepto estatal cuya infracción determinaría la inconstitucionalidad del inciso cuestionado es el art. 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), relativo a las mancomunidades. Sus apartados 1 a 4 disponen lo siguiente (en cursiva las previsiones inmediatamente relevantes para el presente enjuiciamiento):

"1. Se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia.

2. Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios. Los estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento.

En todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados.

3. El procedimiento de aprobación de los estatutos de las mancomunidades se determinará por la legislación de las comunidades autónomas y se ajustará, en todo caso, a las siguientes reglas:

a) La elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios promotores de la mancomunidad, constituidos en asamblea.

b) La diputación o diputaciones provinciales interesadas emitirán informe sobre el proyecto de estatutos.

c) Los Plenos de todos los ayuntamientos aprueban los estatutos.

4. Se seguirá un procedimiento similar para la modificación o supresión de mancomunidades".

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso "y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal" del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía. Esta norma atribuye la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades municipales a las propias mancomunidades; más precisamente, a su órgano de representación. Ello entraría en contradicción con el art. 44.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que obliga a seguir un procedimiento "similar" al establecido para la constitución de las mancomunidades, imponiendo así la aprobación de aquellas modificaciones por parte de los plenos de cada uno de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.3 LBRL). Al no ajustarse a la indicada previsión básica, el legislador andaluz habría invadido mediatamente la competencia que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado. Los preceptos que contienen el inciso cuestionado y la norma invocada como parámetro de contraste han quedado reproducidos íntegramente en el primer antecedente de esta sentencia.

Una regla básica relativamente indeterminada como la establecida en el art. 44.4 LBRL supone pues, de un lado, el reconocimiento de márgenes de actuación tanto a los municipios, en cuanto entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, como a las comunidades autónomas, en cuanto instancias políticas competentes para regular el régimen local, de acuerdo con sus estatutos de autonomía [SSTC 41/2016, FFJJ 7 b) y c); 111/2016, de 9 de junio, FJ 12 c)]. Implica, de otro lado, que unos y otras han de ajustarse a una limitación establecida con carácter básico a fin de garantizar efectivamente la autonomía de cada uno de los primeros frente a las decisiones de las

segundas o de la propia mancomunidad, como entidad local instrumental con personalidad jurídica propia (art. 44.2 LBRL), pero carente de autonomía constitucionalmente garantizada.

A fin de aquilatar el alcance de esta limitación corresponde señalar, en primer término, que, de entre la pluralidad de trámites del procedimiento de reforma estatutaria, la exigencia de similitud respecto del procedimiento constitutivo de la mancomunidad incide particularmente en la fase de aprobación, pues esta es la que más afecta a la autonomía de los municipios mancomunados; autonomía municipal cuya protección es la razón de ser de la legislación básica en esta materia, según se ha visto. De modo que el margen de maniobra reconocido a los municipios y a las comunidades autónomas para regular el procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades es más estrecho respecto de la aprobación que en relación con la iniciación y la instrucción.

En segundo lugar, la exigencia de similitud en esta fase de aprobación será tanto más incisiva cuanto más relevante sea la modificación estatutaria de que se trate, pues la autonomía municipal (a cuya garantía sirve el art. 44.4 LBRL, lo que justifica su carácter básico) estará concernida en las decisiones importantes que afectan a la estructura de la mancomunidad, pero puede no estarlo en las más vinculadas a la gestión ordinaria de la entidad.

La interpretación de que el art. 44.4 LBRL exige la aprobación plenaria de cada uno de los ayuntamientos (o fórmulas garantizadoras de una capacidad decisoria municipal equivalente) para la válida adopción de modificaciones estatutarias estructurales que afectan a la autonomía de cada municipio no es incompatible con el tenor del precepto y resulta a las claras de su finalidad, que es justamente, la que da soporte a la competencia estatal para interferir en cuestiones organizativas que corresponden primariamente a otros niveles de gobierno (art. 149.1.18 CE): el desarrollo de la autonomía municipal reconocida por la Constitución (arts. 137 y 141 CE) y la Carta europea de la autonomía local (arts. 3 y 10), contexto sistemático obligado de todas las normas sobre entes locales. Ciertamente, esta interpretación sigue abriendo márgenes de indeterminación, singularmente en cuanto a qué modificaciones, por afectar sustancialmente a la autonomía de los municipios mancomunados, exigen el reconocimiento a cada uno de una capacidad decisoria análoga a la ejercida en el momento constitutivo. Sin embargo, ello "no es problemático en el contexto de una submateria que corresponde, en principio, a la normativa local y autonómica". Tal indeterminación supone simplemente "el reconocimiento de márgenes de actuación" a los municipios y a las comunidades autónomas [STC 41/2016, FJ 7 c)].

En consecuencia, el art. 44 de la LBRL tiene carácter básico, en el sentido y con el alcance dicho.

Por tanto, el régimen de aprobación de modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios regulado por la Ley 5/2010, en cuanto que, con independencia del alcance de la reforma estatutaria, atribuye en todo caso su aprobación a un órgano de la propia mancomunidad, no puede considerarse similar al establecido ex art. 44 LBRL para la constitución inicial. Incumple por ello el tenor y finalidad de

esta previsión básica y, derivadamente, invade de modo mediato la competencia para establecer las bases del régimen local, que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado.

Por ello, el TC declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal" del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, por invadir la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.18 CE.

II. TRIBUNAL SUPREMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA. CONTRATO DE FACTORING. CESIÓN DE CRÉDITO. NO ES NECARIA LA APORTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO PRIVADO DE CESIÓN DE CRÉDITO, BASTA LA COMUNICACIÓN FEHACIENTE A ESTA DE QUE SE HA PRODUCIDO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 1483/2021 de 15 de diciembre de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 1675/2020.

Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso.

El objeto de la cuestión casacional consiste en determinar la interpretación del concepto de "notificación fehaciente" en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos, y, en concreto, si constituye un requisito para la efectividad de la notificación fehaciente a la Administración contratante la aportación a la misma del contrato privado de cesión o si, por el contrario, resulta suficiente para la efectividad de dicha cesión la mera comunicación por parte del cedente del crédito. Y, en segundo lugar, las consecuencias jurídicas que se derivan de la anterior interpretación, y las normas objeto de interpretación son el artículo 200 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y el artículo 1.527 del Código Civil.

La Sala declara que es notoria la práctica económica consistente en la financiación de grandes obras públicas por la vía de la figura de la cesión de créditos. Y no cabe considerar ineficaces aquellos acuerdos de cesión que se dotan de eficacia con la simple puesta en conocimiento de la Administración deudora, sin el cumplimiento de mayores requisitos que la correcta identificación del cedente, del cesionario y del crédito cedido.

Por consiguiente, el concepto de "notificación fehaciente" en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos debe interpretarse en el sentido de que resulta suficiente para la efectividad de dicha cesión la mera comunicación por parte del cedente del crédito, no constituyendo un requisito para la efectividad de la notificación fehaciente a la Administración contratante la aportación a la misma del contrato privado de cesión

Concluye que la interpretación literal de los preceptos reseñados supone que la aportación del contrato privado de cesión a la Administración cedida no es un requisito imprescindible para que se entienda fehacientemente notificada la cesión.

REGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS PLENOS LOCALES. ENMIENDAS DE LOS CONCEJALES. INADMISIÓN. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. INTERÉS CASACIONAL

*Sentencia número 159/2022 de 9 de febrero de la Sección 4ª de la Sala de lo
Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

Recurso de Casación 2677/2021.

Ponente: José Luís Requero Ibáñez.

La cuestión casacional se concreta en establecer si, la decisión de no dar trámite (admitir, deliberar y votar) a una enmienda parcial del presupuesto presentada por un grupo de concejales al inicio de la sesión plenaria de aprobación del presupuesto municipal, adoptada por el Alcalde, representa una vulneración del derecho de participación consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución.

La Sala hace las siguientes consideraciones:

1. Es cuestión pacífica que el artículo 23.2 de la Constitución proclama un derecho fundamental de configuración legal, por lo que habrá que estar a su regulación sectorial para advertir cuándo la infracción de esa normativa tiene relevancia constitucional.

2. También es cuestión pacífica que, en el ámbito del régimen local, forma parte del ius in officium de los concejales la posibilidad de presentar enmiendas, lo que supone ejercer un derecho político consustancial al carácter representativo del cargo, integrado así en el contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución.

3. La configuración legal de ese derecho fundamental la encontramos, en cuanto al régimen de la presentación de enmiendas en general y respecto del presupuesto municipal en especial, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), en la LRHL y en el ROF, normas ya citadas.

4. De esa normativa se deduce que el proyecto o propuesta de presupuesto municipal lo forma el Alcalde y lo remite al Pleno para su aprobación, enmienda o devolución con informe de la Intervención (artículo 168.4 de la LRHL). El orden del día del Pleno lo fija el Alcalde, la regla general es que en él se incluyan los puntos objeto de debate, puntos que antes se han sometido a dictamen, informe o consulta de la Comisión Informativa (artículo 82.2 del ROF), salvo las excepciones que no son del caso.

5. De haber debate en el Pleno sobre un punto del orden del día, lo ordena el Alcalde en los términos del artículo 94.1 del ROF, los concejales pueden intervenir mediante alguna de las formas que prevé el artículo 97 del ROF y una de ellas es presentando enmiendas, entendiéndose por tal "... la propuesta de modificación de un

dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al Presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto" .

6. Las enmiendas deben guardar relación con un punto del orden del día y la normativa citada no prevé un plazo para su presentación como tampoco que, en caso de enmiendas a la propuesta de presupuesto, sean previamente informadas, dictaminadas o sometidas a previa consulta de la Comisión Informativa; tampoco que deban serlo por la Intervención, ahora bien, el Alcalde puede ordenar que los funcionarios de la Secretaría e Intervención intervengan en el Pleno para el "asesoramiento técnico o aclaración de conceptos" y añádase que la propia Intervención puede intervenir de oficio si advierte que se debaten cuestiones que presenten dudas de legalidad o con repercusión presupuestaria (artículo 94.3 del ROF).

7. Estas reglas son las generales en cuanto a las formalidades que rigen la presentación y tramitación de enmiendas, pero pueden modularse en cada municipio según lo que prevea su reglamento orgánico [cfr. artículo 22.2.d) de la LRBRL].

Asimismo, se hace constar que el Ayuntamiento en cuestión, Hoyo de Manzanares, no incluye en su Reglamento Orgánico una regulación específica en cuanto al régimen de enmiendas.

La Sala declara que en la Administración municipal, y como corporación, el Pleno es un órgano administrativo, cierto, pero es algo más que un órgano administrativo entendiéndose por tal una unidad de actuación o ejecución dentro de esa Administración. Lo que le caracteriza y singulariza como órgano administrativo es que hace realidad el pluralismo político, luego el principio democrático al que también se refieren los recurrentes y es esa vocación la que hace que el derecho de enmienda gane su especial sustantividad.

En consecuencia, declara respecto de la cuestión que presenta interés casacional, a los efectos del artículo 23.2 de la Constitución el derecho de los concejales a presentar enmiendas en los Plenos municipales forma parte consustancial del ejercicio del cargo y de su carácter representativo. Y si conforme a las normas propias de la organización interna del ayuntamiento o, en su caso, de la normativa general, se acuerda inadmitirlas, la razón que se alegue debe apreciarse restrictivamente para no frustrar ni el derecho de los concejales a debatirla y votarla, ni de los vecinos a conocer las razones de su estimación o rechazo.

FUNCIÓN PÚBLICA. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DEBE DE INCLUIR LAS PLAZAS OFERTADAS A PROCESOS SELECTIVOS DE PROMOCIÓN INTERNA. INTERÉS CASACIONAL.

Sentencia número 270/2022 de 3 de marzo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 7731/2019.

Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si las plazas a cubrir por promoción interna deben incluirse en la Oferta de empleo público, identificando como norma jurídica que será objeto de interpretación, la contenida en el artículo el artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público -TREBEP.

La Sala parte de que el referido artículo no contiene una delimitación precisa del concepto y contenido de la oferta de empleo público como instrumento de planificación y ordenación de recursos humanos. Por tanto, la potestad planificadora es amplia. Como punto de partida hay que tener en cuenta que son muy escasas las previsiones legales que imponen una mención expresa que deba contener la oferta de empleo público. Cabe citar la relativa a que las plazas ocupadas por funcionarios interinos han de ser ofertadas necesariamente en el año del ejercicio de que se trate tal y como contempla el artículo 10.4 del EBEP, y la referida al cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad que impone su artículo 59.1.

En esa labor es necesario resaltar que un elemento de interpretación a tomar en consideración es el contenido del artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, cuando dispone que : "4. Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público". Este apartado, aunque derogado por la disposición derogatoria única . b) del EBEP, se mantendrá vigente en tanto no se oponga a lo establecido en el mismo hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, según establece su disposición final 4.2.

El artículo 16 del propio EBEP regula la promoción interna como una de las modalidades de la carrera profesional de los funcionarios al disponer que : "3. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades", incluyendo entre ellas a la carrera horizontal, la carrera vertical, la promoción interna vertical y la promoción interna horizontal. A continuación, define la promoción interna vertical como la que "c) ... consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18" y la promoción interna horizontal como aquella que "d) ... consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18".

De estas previsiones legales puede extraerse una primera conclusión, consistente en que la promoción interna no puede conceptuarse como un medio de "ingreso" en el empleo público, sino que es una manifestación de la carrera profesional de los funcionarios de las Administraciones Públicas (también del personal laboral). La promoción interna vertical es una forma de "ascenso" desde Cuerpos o Escalas de un Grupo o Subgrupo inferior a los de otro Grupo o Subgrupo superior. La promoción interna horizontal permite el "acceso" a un Cuerpo o Escala del mismo Grupo o Subgrupo. En modo alguno son manifestación de ingreso o acceso al empleo público por quien aún no ostenta tal condición. De hecho, el EBEP regula el acceso al empleo

público al margen de la carrera profesional y en el Capítulo I de su Título VI (artículos 55 a 62).

Aunque la promoción interna es una modalidad de carrera profesional y no un sistema para el acceso (nuevo ingreso) al empleo público y, por ello, pudiera efectuarse una primera y negativa aproximación a la respuesta que demos a la cuestión de interés casacional planteada, afirmando que el artículo 70.1 del EBEP no se estaría refiriendo directamente a la promoción interna cuando habla de necesidades de recursos humanos que deban proveerse mediante la "incorporación de personal de nuevo ingreso", la conclusión ha de ser otra de signo contrario. A ello nos llevan también diversos pronunciamientos que esta Sala ya ha efectuado, como son:

a) la sentencia de 29 de febrero de 2000) dictada en el recurso de casación 8028/1995, cuando en su Fundamento de Derecho segundo, afirma que: "a) El art. 18 de la LMRFP, tanto en su texto inicial como en la redacción resultante de la modificación realizada por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, dispone la inclusión en la Oferta de Empleo Público de aquellas plazas dotadas presupuestariamente que, hallándose vacantes por no poder ser cubiertas con los efectivos de personal existentes, vayan a ser objeto de ulteriores convocatorias de pruebas selectivas de acceso. Y no aparece en ninguno de esos textos sucesivos salvedad, respecto de la exigencia de esa inclusión, para las plazas reservadas al sistema de promoción interna."

Esta misma afirmación debe hacerse ahora respecto del artículo 70.1 del EBEP, cuyo contenido es esencialmente el mismo que el del artículo 18 de la Ley de medidas 30/1984, puesto que cuando establece la exigencia de inclusión de las plazas que deban proveerse no contempla salvedad alguna para la exclusión de las plazas reservadas al sistema de promoción interna. Por tanto, ante la no exclusión expresa debe afirmarse que la previsión legal de inclusión alcanza a la promoción interna.

b) la sentencia de 20 de enero de 1992, dictada en el recurso de casación 3709/1990, en orden a que la reserva de plazas para promoción interna, a pesar de la inexistencia de previsión legal expresa, debe ser observada. Empleábamos para ello un argumento que presenta clara semejanza con el expuesto en el anterior apartado: la exigencia de que no sea desconocido el principio general de las pruebas libres de acceso determina que sea exigible que en la oferta aparezcan suficientes plazas, excluidas de la promoción interna, como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado. Si con la oferta de empleo público se decide qué plazas vacantes, dotadas presupuestariamente, son llamadas a ser cubiertas a través de los correspondientes procesos selectivos de ingreso, no es difícil advertir que ello afectará o tendrá influencia en la necesidad de determinar cuáles de esas plazas vacantes quedarán reservadas a promoción interna.

En el caso concreto examinado por la Sala no se impugna una oferta de empleo público sino una convocatoria de un proceso selectivo que ofertaba 3 plazas (en este caso, de Comisario de la Policía Local del Ayuntamiento de Las Palmas) a un proceso de promoción interna. Es evidente que son cosas diferentes la oferta de empleo y el proceso de selección para promoción interna. La cuestión debatida se limitaba a si para

la validez de la convocatoria era legalmente preceptivo la previa existencia de la oferta de empleo público, puesto que en el caso de autos faltaba dicha oferta.

La Sala declara que no estima correcta la tesis de que la convocatoria para la provisión de unas plazas existentes en la plantilla y dotadas presupuestariamente, constituya de por sí una oferta de empleo, pues en la economía, tanto de la Ley 30/84 como de la 7/85, es claro que la oferta de empleo público tiene de por sí sustantividad, como acto perfectamente diferenciado.

El que las declaraciones de nulidad deban administrarse con moderación, no implica que no deban pronunciarse, cuando se da con claridad el supuesto legal que las determina, cual ocurre en el presente caso, en el que la convocatoria impugnada es contraria a un precepto legal inequívoco, lo que implica la infracción prevista en el Art. 48.1 de la L.P.A., (aplicable al caso por razón del tiempo, correlativo al Art. 63.1 de la Ley 30/92). Y en cuanto a las consideraciones acerca del elemento de indefensión, debe observarse que el supuesto legal en el que entra en juego, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 48.2 L.P.A. (63.2 de la Ley 30/92), es el del defecto de forma, que no es aquí el caso, pues de lo que se trata es de la ausencia de un presupuesto legal necesario para la convocatoria.

FUNCIÓN PÚBLICA. NEGOCIACIÓN COLECTIVA. MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN. COMPOSICIÓN. MATERIAS COMUNES AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 274/2022 de 3 de marzo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 2957/2021.

Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si por el hecho de que un sindicato forme parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, debe reconocérsele su legitimación para participar en la mesa general de Negociación de una Administración Local, cuando sólo supera el porcentaje de 10% de representación de los funcionarios, pero no del personal laboral, siendo los preceptos a interpretar los artículos 36.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

La Sala declara que el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público ha de interpretarse en el sentido de que el 10% de audiencia que requiere para que las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas participen también en la Mesa que negocia las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, ha de alcanzarse en el ámbito del Ayuntamiento correspondiente.

PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. PERSONAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS LOCALES QUE PASAN A LA ADMINISTRACIÓN POR REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LIMITACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DE ESTE PERSONAL A LO DISPUESTO EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 293/2022 de 8 de marzo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 22632020.

Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

La cuestión objeto de interés casacional se ciñe en determinar si a los efectos de terminar el límite del incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público que anualmente prevean las leyes de presupuestos, deben de considerarse incluidos o no los siguientes gastos:

1º Los gastos de personal derivados de la subrogación de una entidad local en las obligaciones del personal de las sociedades disueltas como consecuencia de la previsión contenida en la disposición adicional 9ª, párrafo 2º, apartado 2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

2º La previsión expresa que, junto a ese límite de incremento, pueda contener la propia ley de presupuestos sobre la recuperación de partidas retributivas no satisfechas con anterioridad (paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012) del personal del sector público.

Las normas jurídicas objeto de interpretación son las contenidas en la disposición adicional novena, apartado 2º, párrafo 2º, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y el artículo 19.2 y la disposición adicional duodécima apartado 1º de la Ley 48/2015, de 29 de octubre de Presupuestos Generales del Estado de 2016, en relación con la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Las empresas del supuesto examinado se encontraban incurso en el supuesto de hecho que describe la disposición adicional novena, apartado 4, de la Ley de Bases del Régimen Local, que al regular el redimensionamiento del sector público local, según la redacción dada por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dispone que aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que a la entrada en vigor de esta Ley no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación, estuvieran controlados exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o de sus organismos autónomos, deberán estar adscritos, vinculados o dependientes directamente a las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o bien ser disueltos, en ambos casos, en el plazo de tres meses desde la

entrada en vigor de esta Ley e iniciar, si se disuelve, el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución. De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

Las consecuencias de esta disolución por ministerio de la Ley, sobre el personal al servicio de dichas sociedades, en relación con el cumplimiento del límite de dicho gasto, sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público que fija la indicada Ley 48/2015, en el uno por ciento, no pueden tener favorable acogida, toda vez que no estamos ante una excepción a la regla general que establece el artículo 19.dos de la citada Ley, pues ni la invocación de normas comunitarias ni de normas laborales permiten avalar una conclusión distinta, como seguidamente veremos.

La interpretación que postula el Ayuntamiento recurrente respecto del citado artículo 19.dos, en relación con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, supone abrir una grieta en la igualdad entre las Administraciones de los entes territoriales, y en todo el sector público, en el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos. Teniendo en cuenta que el citado artículo 19 tiene carácter básico, dictado al amparo de los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la CE.

Ciertamente, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, tiene un carácter protector para los trabajadores que efectivamente se vean afectados por traspasos entre empresas. Sucede, sin embargo, que el caso examinado constituye un supuesto que se encuentra excluido del ámbito de aplicación de dicha norma de la Unión Europea.

En efecto, el artículo 1 de la citada Directiva, cuando regula el ámbito de aplicación, señala en la letra c), por lo que ahora interesa, que la presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Pero seguidamente añade una específica exclusión, al señalar que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva.

Pues bien, esto es lo acontecido en este caso en el que la Entidad local recurrente venía prestando, antes y después de la creación y disolución de dichas sociedades, los correspondientes servicios en régimen de gestión directa por el propio Ayuntamiento. Y mediante la creación de dichas sociedades mercantiles, con capital íntegramente municipal, también se realizaba una gestión directa por medio de las indicadas sociedades mercantiles. De modo que ha tenido lugar una reversión al Ayuntamiento que, en ambos casos, gestionaba directamente los servicios, ya sea por el mismo o por la sociedad creada con capital enteramente propio.

Conviene tener en cuenta que el artículo 84.2 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, según la redacción dictada por la Ley 27/2013, establece que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más

sostenible y eficiente de entre las que se enumeran, como gestión directa, que permite diversas variedades: la que realiza la propia Entidad Local (a), la que realiza por el organismo autónomo local (b), la gestión por entidad pública empresarial local (c), y, en fin, la gestión mediante una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública (d), como es el caso.

Debemos recordar que sólo se podrá hacer uso, según dispone el citado artículo 84 bis, de las formas previstas en las letras c) y d), entre las que está la sociedad mercantil, cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), entre las que figura la que realiza el propio Ayuntamiento, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

De modo que ha tenido lugar una reorganización administrativa del propio Ayuntamiento de Alzira. No hay un traspaso de los descritos en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE, al contrario, el caso que examinamos está expresamente excluido. Tampoco hay una subrogación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que regula la sucesión de empresas. Lo que ha sucedido es una mera reordenación organizativa en el ámbito y esfera del propio Ayuntamiento, que siempre ha gestionado directamente el servicio, ya sea por sí mismo ya sea bajo la fórmula una sociedad con capital íntegramente municipal.

A tenor de lo expuesto, fácilmente se aprecia que, en el caso examinado, ni se resuelve sobre la reclamación de un trabajador, ni ha tenido lugar una asunción parcial por el Ayuntamiento de la gestión de los servicios municipales que prestaban dichas sociedades, ni se crean posteriormente otras sociedades diferentes, ni se mantiene la identidad de las indicadas sociedades mercantiles (Alzira Radio, S.A. e Instalaciones Deportivas Alzira, S.A.) pues ambas se disolvieron por ministerio de la Ley, ante los relevantes desequilibrios financieros detectados.

En consecuencia, y en respuesta a las cuestiones de interés casacional, la limitación de las retribuciones del personal al servicio del sector público que establece el artículo 19.dos de la Ley 48/2015 rige, tanto respecto de los gastos de personal derivados de la reversión, tras la disolución de las sociedades mercantiles por su elevado desequilibrio financiero, para la gestión de los servicios de forma directa por el propio Ayuntamiento, como respecto de la recuperación de la paga extraordinaria prevista en la disposición adicional duodécima de la misma Ley.

CONTRATACIÓN PÚBLICA. CADUCIDAD. APLICACIÓN DE ESTA A LOS PROCEDIMIENTOS DE LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS, ENTRE ELLOS, LOS QUE DETERMINEN DAÑOS Y PERJUICIOS A LA ADMINISTRACIÓN POR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 325/2022 de 14 de marzo de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 2137/2020.

Ponente: José María del Riego Valledor.

La cuestión de interés casacional consiste en la determinación de si el instituto de la caducidad resulta aplicable a los procedimientos de liquidación de contratos, en particular, a aquellos que incluyan la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista, siendo las normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 42.3 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("LRJPAC"), cuyo contenido se recoge actualmente en los artículos 21.3 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas - "LPAC").

La Sala declara que la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, o de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha sido reiterada luego por la disposición final octava, apartado 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la disposición final tercera, apartado 1, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y por la disposición final cuarta, apartado 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Admitida la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 en materia de contratación administrativa, la siguiente cuestión a resolver es si el procedimiento de liquidación en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista se encuentra entre los procedimientos a que se refiere el artículo 44.2 de dicho texto legal, a los efectos de considerar el procedimiento caducado por el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa.

Dispone el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, bajo la rúbrica de "falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio", que en dichos procedimientos, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, produce el siguiente efecto:

"2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92".

Se trata de un procedimiento iniciado de oficio, que implica el ejercicio de potestades administrativas dirigidas a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por la contratista a la Administración contratante, y que es susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, como resulta literalmente de los artículos 113.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP, tales como la incautación de la garantía y singularmente el deber del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En cuanto al plazo máximo del procedimiento cuyo vencimiento sin dictar y notificar la resolución expresa determina el efecto de la caducidad, a falta de su regulación en el TRLCAP y RGLCAP, deberá acudir nuevamente a la legislación supletoria, que establece un plazo de 3 meses para los procedimientos cuyas normas reguladoras no fijen plazo máximo.

La Sala, en consecuencia, responde a la cuestión casacional diciendo que el instituto de la caducidad resulta aplicable a los procedimientos de liquidación de contratos en los que se incluya la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SOLICITUDES PRESENTADAS DE FORMA ELECTRÓNICA. OMISIÓN DE FIRMA. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE CONCEDER PLAZO DE DIEZ DÍAS DE SUBSANACIÓN. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 309/2022 de 10 de marzo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 4145/2020.

Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

La cuestión casacional consiste en determinar si el artículo 71 LRJCA -de redacción similar al artículo 68 Ley 39/2015- resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante sin previo requerimiento de subsanación, siendo las normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en el artículo 68 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas - de contenido muy similar al anterior artículo 71 LRPAC -, así como los principios de buena fe y confianza legítima del artículo 3.1 e) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 23.2 CE al versar sobre acceso a la función pública.

Comienza la Sala diciendo que ya declaró la STS de 31 de mayo de 2021: "Abordando ya la cuestión de interés casacional objetivo, esta Sala no alberga ninguna duda sobre la respuesta: el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la "firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio".

En el caso que nos ocupa está acreditado que la recurrente siguió todos los pasos, salvo el último, para la presentación de su solicitud por vía electrónica: consta que "pagó la tasa, completó el formulario y grabó la solicitud". Además, la Letrada de la Junta de Andalucía no discute que, a falta de realizar el último paso, la recurrente se encontró con la indicación "solicitud cursada con éxito". Es claro, así, que la única omisión, tal como se dice en la sentencia impugnada, fue que "no realiza ni firma

electrónica de su solicitud ni realiza el registro de la misma en el registro electrónico". Ello significa que lo omitido es precisamente la firma o acreditación de la voluntad del solicitante, supuesto contemplado por el art. 70.1.d) de la Ley 30/1992 - equivalente al actual art. 66.1.e) de la Ley 39/2015- que da lugar al deber de emplazamiento por diez días para subsanación, previsto en el art. 71 de la mencionada Ley 30/1992 y actualmente en el art. 68 de la Ley 39/2015. En suma, los hechos del caso son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma.

Frente a ello, la Letrada de la Junta de Andalucía opone que el programa informático funcionó correctamente y que, si no se siguen todos los pasos del mismo, la Administración no puede tener noticia de las solicitudes defectuosas. De aquí, como se dijo más arriba, proviene su afirmación de que en el presente caso hay una absoluta falta de presentación de la solicitud.

Pues bien, esta objeción no es convincente. La Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo. Más aún: la Administración conoció -o pudo conocer- que la recurrente había pagado la tasa. A ello debe añadirse que, incluso aceptando a efectos puramente argumentativos que no sea técnicamente posible recibir automáticamente información sobre los pasos dados por todos aquéllos que han accedido al programa informático, la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud.

Y la Sala, en consecuencia, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la interesada contra la resolución de 31 de julio de 2017, de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, que desestima el recurso de reposición instado frente a la resolución de 16 de junio de 2017, de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, que modifica la de 6 de junio de 2017, que, a su vez, declaró aprobada la lista definitiva del personal admitido y excluido para participar en el procedimiento selectivo convocado por Orden de 29 de marzo de 2017, en las convocatorias de procedimientos selectivos de ingreso en los Cuerpos de Profesores de Música y Artes Escénica -especialidad de piano-, resolución que anulamos en lo que se refiere a la recurrente, declarando su derecho a que la Administración le dé un plazo de diez días para subsanar la falta de firma electrónica y registro de su solicitud para participar en el proceso selectivo convocado por Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 29 de marzo de 2017, así como su derecho a participar en dicho proceso selectivo siempre que realice la necesaria subsanación.