

## ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

#### EMPLEADOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDAD. COMPLEMENTO ESPECÍFICO SUPERIOR AL 30 POR 100 DE LAS RETRIBUCIONES BÁSICAS. SOLAMENTE DEBE COMPUTARSE LA PARTE DEL COMPLEMENTO QUE GUARDE RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO. INTERÉS CASACIONAL

*Sentencia número 1022 de 10 de junio, de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 1789/2022.*

*Ponente: Luís María Díez-Picazo Giménez.*

Los antecedentes del asunto son como sigue. El recurrente, que pertenece a la Guardia Civil, solicitó que le fuera reconocida la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía y de la docencia. Esta solicitud fue denegada por resolución del Subsecretario de Interior de 30 de julio de 2020, porque la cuantía del complemento específico cobrado por el solicitante supera el 30% de sus retribuciones básicas excluidos los conceptos por antigüedad y, por consiguiente, la compatibilidad queda excluida por el art. 16.4 de la Ley 53/1984, sobre incompatibilidades.

En la estructura de las retribuciones de la Guardia Civil, solo el componente singular del complemento específico está cuantificado en función de las características del concreto puesto de trabajo desempeñado. El componente general del complemento específico, por el contrario, no guarda relación con cada puesto de trabajo, sino que viene determinado por el empleo o categoría del funcionario dentro de la jerarquía

La cuestión de interés casacional consiste en interpretar el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades para determinar si, a efectos de reconocer la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, ha de considerarse la suma global percibida en tal concepto o únicamente aquella parte del mismo que retribuya, específicamente, las especiales condiciones del puesto de trabajo, su penosidad o dificultad. Y dicho artículo es la norma objeto de interpretación, así como el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades y el apartado 2º de la letra b) del artículo 4 del Real decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La Sala del TS dice que nadie discute que el 30% de las retribuciones básicas del recurrente solo se superan si se computa la cuantía total de su complemento específico;

y no si se toma en consideración únicamente el componente singular del mismo. Y nadie cuestiona tampoco que el componente general del complemento específico no está cuantificado en razón de las características de cada puesto de trabajo, sino que, en principio, es uniforme dentro de cada nivel de la jerarquía de la Guardia Civil.

Partiendo de esta base, es claro en una perspectiva teleológica que la finalidad o razón de ser de la norma recogida en el art. 16.4 de la Ley 53/1984 es excluir de la compatibilidad a los funcionarios que ocupan puestos de trabajo que -por su dificultad, penosidad o peligrosidad- llevan ya aparejada una remuneración particularmente elevada, situada por el legislador en más del 30% de las retribuciones básicas. Y siempre en este orden de ideas, hay que entender que se trata de puestos de trabajo cuyo adecuado desempeño aconseja una dedicación exclusiva. Siendo esto así, la conclusión ha de ser que solo aquel componente del complemento retributivo que en realidad guarda relación con las características de cada puesto de trabajo puede razonablemente ser tenido en cuenta a la hora de calcular si se supera el 30% de las retribuciones básicas y, por tanto, si cabe la compatibilidad con una actividad privada. La solución opuesta pecaría de vacío formalismo y, sobre todo, podría resultar aleatoria: superar o no el citado techo del 30% dependería de qué conceptos retributivos -cualquiera que sea la finalidad de los mismos- se encuadran dentro del complemento específico. Dicho de otro modo, la rígida interpretación llevada a cabo por el acto administrativo recurrido y la sentencia impugnada solo sería convincente si estuviera rigurosamente prohibido que el complemento específico comprenda nada ajeno a las características de cada puesto de trabajo.

No es ocioso añadir una consideración sistemática, que conduce en la misma dirección: la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades, donde se adopta la cuantía del complemento específico como vara de medir a la hora de conceder o denegar la compatibilidad, es contemporánea de la Ley 30/1984 sobre reforma de la función pública, donde se define -entre otras cosas- cuál es la finalidad del complemento específico. Ello quiere decir que ambos textos legales fueron elaborados por el mismo legislador, en un mismo contexto de reforma administrativa. De aquí la conveniencia de leer el art. 16.4 de la Ley 53/1984, sobre el que gira todo este litigio, a la luz del art. 23.3.b) de la Ley 30/1984.

### URBANISMO. LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA MUNICIPAL PUEDEN REGULAR EL USO DE LOCALES DE JUEGO Y APUESTAS. JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS. INTERÉS CASACIONAL

*Sentencia número 1068 de 17 de junio, de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 8754/2022.*

*Ponente: Carlos Lesmes Serrano.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si resulta ajustado a Derecho que el ejercicio de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de

libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

Y las normas objeto de interpretación son: artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículo 38 de la Constitución; artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; artículos 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y artículo 2.2. h) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Sala del TS dice que en su reciente jurisprudencia ha resaltado la presencia, y exigencia, de un urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de planificación urbanística para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades. Y, para tal fin, se encuentran legitimadas ---y obligadas--- las Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo, especialmente Ayuntamientos y Comunidades Autónomas para alcanzar tal fin.

La planificación urbanística, que regula los asentamientos humanos y las ciudades, es una preocupación primordial para el Legislador. No solo es relevante para los poderes públicos nacionales, sino que adquiere un alcance internacional, como se refleja en la Nueva Agenda Urbana aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible en diciembre de 2016. También mantiene su importancia en la Unión Europea, que, aunque ha evitado integrar los aspectos más específicos del urbanismo en su normativa, ha incorporado elementos básicos de la materia, tal como se observa en el Manual de Estrategias de Desarrollo Urbano Sostenible y la Agenda Urbana para la UE fruto del Pacto de Ámsterdam, aprobado en la Reunión Informal de Ministros de Desarrollo Urbano de la UE, celebrada el 30 de mayo de 2016, y de la que deriva la Agenda Urbana Española documento estratégico, sin carácter normativo, y por tanto de adhesión voluntaria, que, de conformidad con los criterios establecidos por la Agenda 2030, la nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas y la Agenda Urbana para la Unión Europea persigue el logro de la sostenibilidad en las políticas de desarrollo urbano. Constituye, además, un método de trabajo y un proceso para todos los actores, públicos y privados, que intervienen en las ciudades y que buscan un desarrollo equitativo, justo y sostenible desde sus distintos campos de actuación. Para los fines presentes, es suficiente referirse al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aborda el contenido, finalidad y efectos de las potestades públicas de "regulación, ordenación, ocupación y transformación y uso del suelo". Mediante los instrumentos de planeamiento urbanístico se determinan, entre otras cuestiones, el régimen jurídico de los usos del suelo. En la regulación de estos usos, es innegable que se implica la libre prestación de servicios y establecimientos.

La fijación por parte de la Administración municipal, en su instrumento general de planeamiento urbanístico, de distancias mínimas entre locales destinados a determinadas actividades económicas, como los salones de juego y apuestas, representa, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento y prestación de servicios contempladas en los artículos 49 y 56 del TFUE. Por lo tanto, dicha limitación administrativa debe cumplir, tal y como se ha indicado anteriormente, con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de justificar que estas restricciones son necesarias para proteger un interés general imperioso y que son proporcionadas a dicho interés. El artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se refiere a las razones de interés general descritas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Estas razones incluyen el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, los destinatarios de servicios y los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

Junto a lo anterior resulta esencial que el contenido y determinaciones de cualquier modificación puntual esté suficientemente motivado y que las limitaciones impuestas no representen una restricción absoluta para la implantación de los usos. En conclusión, las entidades locales están legitimadas para regular, con rango reglamentario, en sus instrumentos de planeamiento urbanístico, las condiciones de implantación de determinados usos, siempre que estas limitaciones estén justificadas en razones imperiosas de interés general, según lo interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sean proporcionadas a la finalidad que persigan.

Y responde a la cuestión de interés casacional planteada diciendo que el planeamiento urbanístico puede incluir determinaciones específicas sobre el uso del suelo urbano en relación con los locales de juego y apuestas. Estas determinaciones, si indirectamente afectan a la libertad de empresa y la libre prestación de servicios, deben estar adecuadamente justificadas por necesidades imperiosas de interés general. Además, las medidas adoptadas deben ser proporcionales, no imponer una restricción absoluta a la apertura de locales de juego y deben ser respetuosas con la legislación estatal y autonómica aplicable al sector del juego.

### **FUNCIONARIOS PÚBLICOS. LOS FUNCIONARIOS INTERINOS DE LARGA DURACIÓN TIENEN DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE GRADO EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1078 de 18 de junio, de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 2644/2022.*

*Ponente: José Luís Requero Ibáñez.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si el derecho al reconocimiento del grado personal con base en el artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, como determina entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 (recurso de casación 1781/2017), es extensible o no a los funcionarios interinos que no han adquirido la condición de funcionarios de carrera y a los que puede resultar de aplicación la normativa autonómica.

Y las normas objeto de interpretación son la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y en el artículo 22 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

La Sala del TS considera que el artículo 70.2 del Reglamento General de Promoción Profesional y, en definitiva, la normativa autonómica, exigen para reconocer ese primer grado el ingreso como funcionario de carrera en un cuerpo o escala. A estos efectos, no hay una diferencia sustancial entre la norma estatal y la equivalente andaluza, pues la condición de funcionario de carrera siempre se adquiere ingresando en un cuerpo o escala.

Por tanto, si al funcionario interino se le reconoce en la sentencia 293/2019 -y en las que en ella se citan la participación en un sistema de carrera profesional, la consecuencia de ese reconocimiento es el derecho a la consolidación de grado que es presupuesto para participar en el sistema de carrera (artículo 16.3.a) del EBEP). Ahora bien, para que la cláusula cuarta del Acuerdo Marco produzca un efecto tan contundente como es desplazar la normativa interna, es preciso que se esté ante una interinidad que se repute abusiva, no ante llamamientos puntuales coherentes con el sentido y fin de la figura del funcionario interino.

Ahora bien, estamos en la lógica del Acuerdo Marco cuya finalidad es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula primera). Pues bien, para que la cláusula cuarta produzca un efecto tan contundente como es desplazar la normativa interna, es preciso que se esté ante una interinidad abusiva, de larga duración, no ante llamamientos puntuales, coherentes con el sentido y fin de la figura del funcionario interino. Sólo de darse esa circunstancia cabe aplicar las consecuencias de dicha cláusula en comparación con los funcionarios de carrera.

Por tanto, declara que al amparo del Acuerdo Marco -y en coherencia con su finalidad- si la relación de empleo temporal es de larga duración, con abuso de la condición de interino, tal funcionario interino tiene derecho al reconocimiento del grado en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera.

**URBANISMO. CONVENIOS URBANÍSTICOS. NATURALEZA. INTERESES DE DEMORA EN CASO DE INVALIDEZ: DETERMINACIÓN SI LA INVALIDEZ ES A CAUSA DE LA RESOLUCIÓN O A CAUSA DE NULIDAD O ANULABILIDAD. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1108 de 24 de junio, de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 7145/2022.*

*Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar el momento desde el que se devengan los intereses de demora en el supuesto de resolución de un convenio urbanístico de monetarización por incumplimiento de la Administración local. Y las normas objeto de interpretación son los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, así como de los artículos 1.101, 1.108 y 1.124 del Código Civil y de la jurisprudencia civil, con cita de la STS de 13 de junio de 2019.

Declara la Sala que en la base del debate subyace una cuestión ciertamente confusa desde el punto de vista conceptual, sin clara regulación en nuestro Derecho y, por tanto, con una jurisprudencia sin un criterio definido por atender a cuestiones coyunturales.

Los denominados convenios urbanísticos, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, tienen una compleja naturaleza jurídica. Así, tienen un pleno reconocimiento en nuestro Derecho, pero sin una regulación detallada en ninguna de nuestras leyes urbanísticas tradicionales, menos ahora encomendada esa labor a una normativa autonómica, no siempre coincidente incluso en el mismo reconocimiento de esta institución. Con todo, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha venido dando carta de naturaleza a estos convenios, estimando que constituye un mecanismo más en virtud del cual se articula la participación de los ciudadanos en la ejecución del planeamiento urbanístico, dando intervención a la iniciativa privada en dicha ejecución, máxime en una época en que esa normativa sectorial daba primacía a esa participación de los mismos propietarios afectados por las determinaciones del planeamiento, ahora mitigada, cuando no excluida.

Precisamente por esa vinculación de los propietarios en la ejecución del planeamiento por esta vía convencional, es decir, mediante un acuerdo celebrado con la Administración actuante, la jurisprudencia de esta Sala ha venido declarando que dichos convenios son auténticos contratos, porque participan de todos los elementos de esas clásicas instituciones jurídicas. Y en la medida que dicho contrato no solo se celebra con una Administración pública, sino que se hace en el ejercicio de sus potestades administrativas (las de ejecución del planeamiento) que es su objeto y causa, se ha concluido que nos encontramos con un contrato administrativo. En ese sentido debe señalarse que estos convenios se deben estimar incluidos en la regla residual que de los mismos se establece en el párrafo segundo del artículo 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Y siendo ello así, el régimen a que se someten dichos convenios es a su normativa específica, establecida en la mencionada Ley. Conforme al párrafo segundo del mencionado precepto, estos contratos se regirán

por dicha Ley, entre otras materias, en cuanto a su "extinción" y supletoriamente por "las normas de derecho privado", normas representadas en principio y como consta en las sentencias de instancia y en el mismo auto de admisión, por el Código Civil.

En ese sentido cabe recordar que la teoría general del derecho establece que con relación a los supuestos de ineficacia de los negocios jurídicos, en general y, por tanto, también para los contratos, se ha de partir del presupuesto de que estos negocios requieren la concurrencia de voluntades contrapuestas y unas finalidades compatibles, que se somete a una serie de requisitos establecidos por la propia legislación para que produzca sus plenos efectos, de tal forma que si se ejecutan las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de ellas y se llega a una completa ejecución de sus fines, el contrato, en palabras del artículo 209 de la LCSP, se extingue, porque con su cumplimiento se agotan sus efectos.

Ahora bien, durante la vigencia del contrato pueden producirse situaciones patológicas por el incumplimiento de algunas de los presupuestos y condiciones que la ley impone para que produzca sus efectos, haciendo perder su eficacia al contrato, que sería la alternativa a su cumplimiento como se declara en el precepto mencionado. Pues bien, esos supuestos de ineficacia, sin pretender un examen exhaustivo, puede producirse, bien porque ya en el momento de realizar el concierto de voluntades se incurra en vicios esenciales que impidan producir los efectos previstos por la norma, supuesto que comporta la declaración de nulidad o anulabilidad que, en la medida que vicio del negocio se sitúa en su génesis, comporta que, en puridad de principios, el negocio nunca ha debido surgir al mundo jurídico y no debe producir efecto alguno y, si los ha producido, deben desaparecer del mundo jurídico, aun cuando dicha declaración se realice una vez que el negocio ya ha surtido todos o algunos de sus efectos. Es decir, la declaración de nulidad o anulabilidad tiene efectos *ex tunc*.

Diferente del supuesto de nulidad o anulabilidad es el de la resolución del negocio jurídico, porque en este supuesto el negocio se ha celebrado válidamente y, en consecuencia, despliega sus efectos iniciales o incluso ulteriores, aunque no todos; no obstante, por alguna circunstancia surgida durante la vigencia del negocio se ocasiona su pérdida de eficacia porque se ha contravenido las condiciones que en él se impusieron y la ley impone que el negocio deja de producir los efectos que con él se habrían pretendido. Es por ello por lo que, en tales supuestos, en la medida que el negocio había sido eficaz hasta un determinado momento, los efectos de esa declaración de resolución son *ex nunc*, porque solo tienen relevancia desde el momento en que se hace tal declaración, sin que sus efectos se retrotraigan al momento de la celebración del negocio.

Ese esquema, que se ha elaborado por la doctrina, está implícito en la LCSP y, con mayor confusión, en nuestro viejo CC, como se ha encargado de poner de manifiesto la jurisprudencia. Y así, nuestro primer texto de derecho privado establece una regulación, no sin cierta confusión, de teoría general de las obligaciones que más bien cabe aplicar a todo negocio jurídico, haciendo referencia a la nulidad en el artículo 1.303, aunque propiamente se refiere a la anulabilidad; y a la resolución en el artículo 1.124. En el primer caso, el efecto es que, acorde con la ineficacia absoluta del contrato,

"los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses." Con relación a la resolución, se dispone en el segundo de los mencionados preceptos que el efecto es el "resarcimiento de daños y abono de intereses."

Con mayor rigor técnico se regula la ineficacia de los contratos en la LCSP que contempla esa tipología de supuestos de ineficacia. Así en los artículos 38 a 40 se refiere el Legislador a los supuestos de nulidad o anulabilidad, en sintonía con lo que se establece, con carácter general para toda la actividad administrativa, en los artículos 47 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a los que termina remitiéndose. Acorde con lo antes señalado, a las causas de nulidad de pleno derecho se refiere el artículo 39, además de la remisión a los supuestos del artículo 47 de la Ley de procedimiento, en el que se recoge una serie de supuestos en los que cabe apreciar que están referidos al momento inicial de celebración del contrato. Otro tanto cabe concluir de los supuestos de anulabilidad que se regulan en el artículo 40 de la LCSP.

La LCSP contempla también los supuestos de ineficacia sobrevenida de los contratos, esto es, la resolución, y a ella se refiere en el artículo 209 como uno de los supuestos de extinción, una vez el contrato se ha perfeccionado y ha comenzado a producir los efectos queridos por las partes. Pues bien, las causas previstas para la resolución se describen en el artículo 213 y todas ellas, conforme se corresponde con la naturaleza de este supuesto de ineficacia, están referidas a un supuesto posterior al inicio del contrato, es decir, el contrato ha surtido plenos efectos hasta un momento determinado en su devenir y, por la concurrencia de algunas de las causas legales referidas, deja de producirlos. En lógica consecuencia con dicha circunstancia, los efectos de esa invalidez no pueden retrotraerse al momento inicial del contrato, porque el contrato legítimamente fue eficaz, por ello los efectos de la invalidez han de ser desde el momento en que concurre la causa de resolución, esto es, tiene efectos ex nunc.

En cuanto a los efectos de uno y otro supuesto de invalidez, se regulan en la LCSP con cierta claridad. Así, con relación a los supuestos de nulidad o anulabilidad, el artículo 42 dispone que procederá "restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor", sin perjuicio de que, si existe culpa de alguna de las partes, deberá además "indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Por lo que se refiere a los efectos de la resolución por alguna de las causas establecidas en la Ley, se dispone en el artículo 213 que procederá "el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen".

Esos efectos difieren sensiblemente y comportan mayor complejidad cuando las cosas, en el caso de la nulidad, anulabilidad o resolución, se trata de una cantidad de dinero. En efecto, en tales supuestos el mecanismo para el restablecimiento del equilibrio financiero que ha de buscarse en uno y otro supuesto de invalidez ha de articularse por la vía de los intereses. Pues bien, cuando se trata de reintegrar una cantidad de dinero que se había percibido y ha de ser restituido, que es el caso de los supuestos de nulidad o anulabilidad, los intereses tienen naturaleza compensatoria, esto es, tratan de compensar la cantidad que debe percibir el afectado por la ineficacia a la fecha a que se retrotraen los efectos de la nulidad o anulabilidad, de ahí que el cómputo

de esos intereses deban diferirse al momento en que se hizo el pago; porque si los efectos de esa declaración de nulidad o anulabilidad comporta la restitución de las cosas al momento en que se celebró el contrato, y la cosa es, en estos supuestos, la cantidad de dinero entregada en su momento, pero actualizada a cuando se haga la declaración. Por el contrario, cuando la cantidad de dinero que debe percibir cualquiera de las partes del contrato sea consecuencia de su resolución, en cuanto que pretende resarcir los daños y perjuicios ocasionados, los intereses tienen un efecto indemnizatorio y, por tanto, su cómputo ha de referirse al momento en que se declara.

Aplicando la anterior argumentación al caso de autos, autos nos encontramos con un supuesto de resolución de un convenio cuya invalidez fue declarada precisamente por la sentencia del Juzgado y en base a un incumplimiento municipal, en concreto y como se deja constancia en la mencionada sentencia, por la declaración de concurso del agente urbanizador que debía ejecutar el proyecto de urbanización que, a su vez, constituía el presupuesto de la edificación de los terrenos. Fue esa declaración de concurso la que, a la postre, comportó la revocación de las previsiones del planeamiento para el desarrollo urbanístico de los terrenos. Es decir, como con clara expresividad se declara por el juez de instancia al examinar el cálculo de los intereses de las cantidades abonadas por los propietarios, los intereses son debidos "no desde la fecha de su efectivo ingreso hasta el pago de la misma, como solicita la parte actora, pues durante todo este tiempo el Convenio ha desplegado sus efectos jurídicos, sino desde el momento en que la parte actora formula su reclamación contractual al Ayuntamiento demandado, solicitando la resolución de dichos Convenios y la restitución de las cantidades ingresadas."

Y contestando a la cuestión casacional responde la Sala del TS diciendo que cuando se declare la invalidez de un convenio urbanístico de monetarización por las cesiones de terrenos gratuitas que deban realizar los propietarios a la Administración actuante, deberá discriminarse si la invalidez lo es por causa de resolución, en cuyo caso los intereses se calcularan desde que se reclamen por el perjudicado; o si se trata de una causa de nulidad o anulabilidad del convenio, en cuyo supuesto, los intereses se calcularan desde la fecha en que se hizo el pago de la cantidad reclamada.

### **FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ARQUITECTOS TÉCNICOS Y APAREJADORES. NO ES OBLIGATORIA LA COLEGIALIACIÓN EN LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1116 de 24 de junio, de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 1989/2022.*

*Ponente: Luís María Díez-Picazo Giménez.*

El supuesto de hecho fue el siguiente. La demandante en la instancia y ahora parte recurrida es funcionaria del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en condición de Arquitecta Técnica. En su día solicitó que la Administración municipal le reembolsara

el importe de las cuotas de su colegio profesional. Como fundamento de su solicitud, invocó un acuerdo sobre condiciones de trabajo celebrado entre el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón y sus funcionarios, según el cual la Administración municipal debe hacerse cargo del coste de la colegiación de aquellos funcionarios para los que la afiliación a un colegio profesional sea necesaria para el ejercicio de sus funciones. Dicha solicitud fue denegada por resolución de 21 de diciembre de 2020, por entender que de conformidad con el art. 32 de los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (Real Decreto 1471/1977) no es preceptiva la colegiación para "el ejercicio profesional (...) como consecuencia de su relación funcional", mientras que sí lo es para los "trabajos particulares" que puedan realizar esos mismos funcionarios.

La cuestión de interés casacional, pues, consiste en determinar si cabe entender vigente la previsión recogida en el artículo 32 del Real Decreto 1471/1977, de 13 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo General y Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, según la cual, el ejercicio profesional por los funcionarios públicos, como consecuencia de su relación funcional, no obliga a la colegiación. Y el artículo 32 es la norma objeto de interpretación.

La Sala del TS declara que no aprecia ningún motivo por el que el art. 32 de los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos haya de considerarse tácitamente derogado. El art. 3 de la Ley de Colegios Profesionales es anterior y, por consiguiente, podría ser relevante a efectos de la validez del precepto reglamentario, pero no determinante de su derogación. Y en cuanto a las modificaciones de la Ley de Colegios Profesionales posteriores a 1977, cuando se aprobó el citado precepto reglamentario, no se especifica qué nueva norma de aquella sería incompatible con este.

Tampoco la reserva de ley impuesta por el art. 36 de la Constitución sobre el régimen jurídico de las profesiones colegiadas es base suficiente para afirmar que un precepto reglamentario preconstitucional atinente a un aspecto del régimen jurídico de una profesión regulada, como es el aquí examinado, ha quedado tácitamente derogado. La verdad es que asiste la razón al recurrente cuando dice que la reserva de ley del art. 36 de la Constitución, tal como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, no es exigible con respecto a los reglamentos preconstitucionales. Véase, en este sentido, la STC 194/1998.

Debe concluirse, a la vista de todo lo anterior, que el art. 32 de los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos no ha sido tácitamente derogado. Solo quedaría así la alegación de que dicho precepto reglamentario era ya en origen incompatible con lo establecido en el art. 3 y la disposición adicional 1ª de la Ley de Colegios Profesionales. Pero este reproche no puede ser acogido, porque se trata de un precepto reglamentario que ha venido siendo aplicado durante casi cincuenta años, sin que conste que su validez por insuficiencia de rango normativo haya sido hasta ahora puesta en tela de juicio. Declararlo ahora inválido por ese motivo sería un puro ejercicio de formalismo, poco compatible con la estabilidad de las normas exigida por el principio de seguridad jurídica.

Y responde a la cuestión de interés casacional diciendo que el art. 32 de los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos está vigente y es válido.

**EMPLEADOS PÚBLICOS. PERSONAL LABORAL FIJO DISCONTINUO.  
COMPATIBILIDAD PARA OTRO PUESTO DE TRABAJO EN EL SECTOR  
PÚBLICO DURANTE EL PERIODO DE INACTIVIDAD LABORAL.  
COMPATIBILIDAD. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1164/2024 de 1 de julio de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de Casación 2971/2022.*

*Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar si el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal temporal discontinuo, debe considerarse como desempeño de actividad en el sector público y, como tal, sujeto en consecuencia al régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y la norma jurídica objeto de interpretación es el artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Los hechos fueron los siguientes. Una persona obtuvo un contrato de duración determinada suscrito el 15 de julio de 2019 al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y para desempeñar, como personal laboral temporal, fijo discontinuo de bombero forestal en la Comunidad Autónoma de Galicia

Mientras estaba en vigor dicho contrato presentó solicitud para compatibilizar, exclusivamente en los periodos de inactividad laboral que caracterizan al contrato de los trabajadores fijos discontinuos, el puesto de bombero forestal temporal con un puesto de peón de brigada de gestión y repoblación forestal en un Ayuntamiento para el que fue nombrado por resolución de la Alcaldía del mismo.

La Función Pública de Galicia desestima la petición. Recurrida la desestimación por el trabajador es estimado el recurso por el juzgado de lo contencioso administrativo, cuya sentencia es recurrida en apelación por la Junta de Galicia, recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, resolución que es objeto del presente recurso de casación.

La Sala del TS dice que considera conveniente partir del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público "El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así

lo dispongan", y que según el artículo 12 del EBEP: "Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas".

Y, dado que nos movemos en una situación laboral derivada del artículo 16 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dedicado al contrato fijo-discontinuo, deberemos atender a sus apartados 5 y 8, que son de este tenor literal:

"5. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas en los términos previstos en este artículo. [...]

8. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad."

Por otra parte, considera tres reglas básicas del artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas:

1ª) PROHIBICIÓN DE DOBLE ACTIVIDAD O PUESTO: "no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma".

2ª) PROHIBICION DE DOBLE REMUNERACION: "no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas".

3ª) SALVAGUARDA DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: "el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia".

Y respecto a la compatibilidad con actividades públicas, tomaremos en consideración las tres reglas que establece:

1ª) POSIBILIDAD DE COMPATIBILIDAD: educación, sanidad, e interés público (sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral)

2ª) AUTORIZACION DE COMPATIBILIDAD: "Para el ejercicio de la segunda actividad será indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad".

3ª) SALVAGUARDA DE JORNADA Y HORARIO: la autorización de compatibilidad "no supondrá modificación de la jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos.

De ese marco normativo puede extraerse, como primera afirmación, que legalmente no es imposible que el personal laboral discontinuo, ya esté unido a la Administración por una relación indefinida o a tiempo parcial, pueda desempeñar en los periodos de inactividad una segunda actividad laboral. Así, el artículo 16.5 del ET permite que por convenio colectivo puedan establecerse bolsas de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, y ello con una doble finalidad: "con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua". Es decir, el ET contempla la posibilidad de que los fijos discontinuos (por igualdad, también los temporales discontinuos) puedan desempeñar una segunda actividad en los periodos de inactividad que caracteriza su relación laboral, sin excluir que pueda serlo en el sector público.

Una segunda afirmación es que la Ley de Incompatibilidades de 1984, pese a su indudable vocación de generalidad, pues alcanza a "todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo" (artículo 2.2), no puede oponerse a las previsiones básicas aplicables al empleado público con condición de personal laboral discontinuo, que sobrepasan por expresa previsión legal esa regla general de incompatibilidad y que respetan una regla esencial en materia de incompatibilidad ya que el ET prevé que esta compatibilidad en periodos de inactividad lo sea "sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas en los términos previstos en este artículo"; es decir, lo hace en salvaguarda de los principios o reglas de prohibición de doble actividad y de doble remuneración, ello porque se regula la segunda actividad para periodos de inactividad, caracterizada por ausencia de actividad material y de percepción de remuneración.

Y en base a esto responde a la cuestión de interés casacional objetivo diciendo que el periodo de inactividad laboral en las relaciones laborales del personal laboral temporal fijo discontinuo debe considerarse compatible con el desempeño de una segunda actividad en el sector público siempre que ésta se lleve a cabo dentro del periodo de inactividad laboral de la relación discontinua y no impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes inherentes a ella ni comprometa la imparcialidad o independencia de su desempeño.

**FUNCIONARIOS PÚBLICOS. PERSONAL DE LIBRE DESIGNACIÓN.  
NATURALEZA. DEBER DE MOTIVAR EL CESE. CONTROL JURISDICCIONAL.  
INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1165/2024 de 1 de julio, de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 2678/2022.*

*Ponente: José Luís Requero Ibáñez.*

Una persona fue nombrada mediante el sistema de libre designación, Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria por Decreto de 22 de noviembre de 2018 y fue cesado por resolución de 11 de noviembre de 2019, del Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, lo que recurrió jurisdiccionalmente.

La sentencia de primera instancia, ratificados sus argumentos por la de apelación desestimó la demanda con base, en síntesis, en las siguientes razones:

1º La causa del cese fue una pérdida de confianza que obedeció a diversas razones.

2º Reproduce parte de la sentencia 1198/2019, de 19 de septiembre (casación 2740/2017), de la misma Sala del TS en la que se exponen los criterios para el control del cese de cargos de libre designación.

3º La motivación del cese está en la propia resolución impugnada, que transcribe el informe-propuesta del Concejal Delegado de Seguridad. En ella, de forma "detallada y pormenorizada", se exteriorizaron las causas y razones del cese, luego el demandante las conoció.

4º Aborda diversos motivos procedimentales de impugnación y con base a la jurisprudencia del TS, sostiene que el funcionario de carrera que desempeña un puesto clasificado como de libre designación tiene un mero interés en su permanencia, no un derecho a la inamovilidad en el puesto. Rechaza asimismo que el demandante alegue unas razones propias de la rigidez propia del procedimiento disciplinario.

5º El juez de instancia, además, hace suyo lo alegado por el Ayuntamiento en el sentido de que, aun cuando se declarase nulo el cese, se le podría volver a cesar, postulado que considera "pleno de lógica y sentido común".

6º Finaliza reiterando "que la sentencia 1198/2019 declaró que la razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación, por lo que por más que las afirmaciones de la Resolución objeto de recurso irriten (legítimamente) a D. Jesús Manuel, este Órgano judicial no puede entrar a su consideración y ello en atención a la naturaleza del puesto desempeñado".

La cuestión de interés casacional consiste en determinar el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional para apreciar, valorar y enjuiciar la realidad o veracidad de los motivos aducidos por la Administración para justificar el cese en puesto de trabajo obtenido mediante el sistema de libre designación. Y las normas jurídicas objeto de interpretación son el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 58.1 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, y el artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, en relación con los artículos 9.3 y 24 de la CE.

Dice el TS que hay jurisprudencia consolidada sobre el control del cese de funcionarios designados para la provisión de destinos por el sistema de libre designación. Esta jurisprudencia la recoge el recurso de casación, la citan tanto el juez de instancia como la Sala de apelación y lo que se ventila ahora es su correcta interpretación y aplicación.

Esa jurisprudencia parte de que, ya sea concurso de méritos, como de libre designación, son formas de provisión de puestos que se insertan en la lógica de la carrera funcional. El concurso implica seleccionar mediante la integración de elementos objetivos, evaluables y predeterminados (grado, antigüedad, titulaciones, etc.); en la libre designación el juicio de idoneidad se basa en la confianza de que el aspirante desempeñará adecuadamente un puesto caracterizado por la especial responsabilidad y que justificó su clasificación como de libre designación.

También dice la jurisprudencia que la confianza de la libre designación no es la confianza exclusivamente personal, propia del nombramiento para cargos eventuales - asesores, jefes de gabinete e, incluso, cargos directivos- a los que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).

La confianza que implica la libre designación es otra, atiende a los cometidos y exigencias del puesto, y en el juicio de idoneidad se sustituyen baremos objetivos por la ponderación de aspectos de libre valoración como la andadura y experiencia profesional, formación, proactividad, disposiciones del aspirante, identificación con la política, planes, programas, etc.; todo en relación con el puesto objeto de cobertura.

En coherencia con el nombramiento, el cese del libremente elegido exige un juicio de inidoneidad sobrevenida que no puede despacharse apelando al eslogan de que el "libremente nombrado, libremente puede ser cesado". Ciertamente hay un núcleo de libre apreciación tanto de la idoneidad como de la inidoneidad que no cabe sustituir judicialmente. Ahora bien, aparte de la debida motivación, esto no quita para que en caso de cese se plantee la certeza de los hechos determinantes, pues no hay motivación materialmente válida si la ofrecida no es cierta). Formalmente podrá haberla, pero si no es cierta, la motivación padece en lo sustancial y cabe así oponerle porque estamos ante una de las formas de provisión de puestos funcionariales (cfr. artículo 78.2 de. EBEP).

A partir de lo expuesto se entra en el casuismo. Podrá justificarse esa inidoneidad alegando, por ejemplo, un cambio en el cometido o requerimientos del puesto, pérdida o disminución de las condiciones del titular y que determinaron un juicio positivo sobre su idoneidad, que por la forma de conducirse el funcionario ese juicio de idoneidad no fue acertado, etc.; y podrá estarse ante hechos puntuales o ante la valoración de su andadura. Esa variedad de razones y situaciones podrá revisarse en cuanto a su realidad y el enjuiciamiento de la causa o causas de esa inidoneidad sobrevenida no debe hacerse, necesariamente, desde la lógica del enjuiciamiento de resoluciones disciplinarias.

La Sala es consciente de que, aun en el caso de invocarse razones inexactas, algo se ha roto ya en esa relación de confianza profesional entre el cesado y la

Administración: podrá estimarse la demanda, pero esa confianza profesional está ya afectada. Esto podría plantear -así lo recoge la sentencia de instancia- qué efecto útil tiene una sentencia estimatoria pues, reintegrado en el puesto, podrá ser cesado de nuevo pretextando, no ya razones inexactas, sino otras fundadas que integren la idea de inidoneidad. Esto podrá ser así, pero no por ello la sentencia favorable pierde su utilidad: aparte de lo que afecte a diferencias salariales o a la carrera profesional, siempre hay un bien digno de protección como es el buen nombre o la fama y el prestigio profesional del cesado.

En consecuencia y respondiendo a la cuestión casacional, la Sala del TS reitera su jurisprudencia y declara que sí cabe oponer frente al cese en un puesto de libre designación, que los hechos que se alegan como determinantes son inciertos, lo que valorará el juez atendiendo a lo alegado y, en su caso, a las pruebas practicadas conforme a las reglas de la carga probatoria.

**CORPORACIONES LOCALES. MOCIÓN DE CENSURA. CONVOCATORIA DE PLENO. EL ACTO DE LA CONVOCATORIA DEL PLENO PARA DEBATIR LA MOCIÓN DE CENSURA TIENE LA NATURALEZA DE ACTO DE TRAMITE. INADMISIBILIDAD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTRA LA CONVOCATORIA. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 1166/2024 de 1 de julio, de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 2718/2022.*

*Ponente: José Luís Requero Ibáñez.*

Las cuestiones que presentan interés casacional son las siguientes: 1ª, que se determine si la convocatoria para votar la moción de censura constituye un acto de trámite cualificado o un mero acto de trámite no recurrible, y 2ª, que se resuelva si la mayoría cualificada para proponer una moción de censura, prevista en el artículo 197.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, exige o no que se haya constituido el grupo político municipal o que de hecho haya funcionado como tal.

Y las normas objeto de interpretación son los artículos 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 197.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y 23.2 de la Constitución Española.

Para la cabal comprensión del pronunciamiento de la Sala del TS, es preciso profundizar en los antecedentes del supuesto y consideraciones previas.

1.- El Ayuntamiento de Arapiles, en Salamanca, cuenta, en la época de autos, con siete concejales. A las elecciones municipales de 2019, de los siete concejales, tres concurrieron en las listas del PSOE, dos por el PP y otros dos por el partido Ciudadanos. Sólo los concejales de Ciudadanos formaron grupo político municipal. Al constituirse el ayuntamiento el 15 de junio de 2019 resultó elegido D. A, uno de los candidatos que concurrieron en las listas del PSOE.

2.- El 14 de enero de 2020 se presentó contra el alcalde don A, una moción de censura que fue presentada por cuatro concejales: los dos del PP, uno del grupo político municipal Ciudadanos y el cuarto, don B, que fue uno de los tres que concurrieron a las elecciones en las listas del PSOE, si bien no militaba en este partido y en la moción de censura era el candidato propuesto. La moción de censura prosperó y resultó elegido nuevo alcalde.

3.- El alcalde censurado, Sr. A, que había concurrido, como se ha dicho, en las listas del PSOE-, más los dos concejales que no promovieron la moción de censura -uno del PSOE y el otro del grupo municipal de Ciudadanos- interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la convocatoria del pleno para el 29 de enero de 2020; recurso en el que fue parte demandada el Ayuntamiento.

4.- En la demanda se planteó qué mayoría absoluta es exigible, si la de cuatro concejales -como así ocurrió- o bien la de cinco concejales, conforme al artículo 197.1.a) párrafo segundo, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, LOREG, que prevé que si: "... alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias".

5.- En concreto se planteó la aplicación de la doctrina de la Junta Electoral Central, según la cual el artículo 197.1.a) párrafo segundo de la LOREG es aplicable aun cuando no se constituyan formalmente grupos políticos municipales si es que las corporaciones funcionan, de hecho y regularmente, con grupos municipales pues a lo que hay que estar es a la finalidad del precepto, que es evitar el transfuguismo.

6.- En su contestación a la demanda, el Ayuntamiento de Arapiles planteó la inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 25.1 de la LJCA, al considerar que el acto de convocatoria no era recurrible por ser de trámite. La sentencia de primera instancia rechazó la causa de inadmisibilidad porque, si bien lo es, es un acto de trámite cualificado.

7.- En cuanto al fondo, se planteó si la Corporación vino funcionando, de hecho y regularmente, en grupos municipales. La sentencia de primera instancia tuvo por probado que, a diferencia de Ciudadanos, ni los tres concejales del PSOE, ni los dos del PP, formaron un grupo político municipal, ahora bien, en Arapiles se habla de "grupo socialista", no como grupo político municipal en sentido formal, sino como expresión para referirse a los concejales elegidos por un partido.

8.- Concluye la sentencia de primera instancia que a la vista de los hechos probados y conforme a la doctrina de la Junta Electoral Central, la mayoría debió ser de cinco concejales pues don Calixto, firmante de la moción y elegido alcalde gracias a ella, fue en las listas del PSOE junto con el alcalde censurado, don A. Entiende así que la Corporación vino funcionando, de hecho y regularmente, con grupos municipales.

9.- La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Contencioso competente.

10.- Contra la anterior sentencia el Ayuntamiento de Arapiles interpone recurso de apelación ante el TSJ de Castilla y León, recurso que fue desestimado, y contra el que el Ayuntamiento interpone el presente recurso de casación.

11.- En cuanto a la causa de inadmisibilidad, considera la Sala del TSJ de Castilla y León que el acuerdo de convocatoria del Pleno cuyo objeto es debatir la moción de censura, es un acto de trámite cualificado. La razón es que la LOREG prevé unos requisitos específicos que deben ser valorados -quiénes pueden presentarla y régimen de convocatoria-, lo que exceptúa las reglas ordinarias para que haya prontitud en la celebración; además se altera el régimen normal de celebración plenos, el pleno lo preside una Mesa de Edad a lo que se añade la forma de desarrollarse el debate, todo lo cual singulariza ese acto de convocatoria.

12.- Contra el acuerdo del Pleno se interpusieron dos recursos, a resultas de los cuales se anuló el acuerdo de aprobación de la moción de censura.

Y ya, entrando en la valoración que hace la Sala del TS, ésta se centra en la primera de las dos cuestiones de interés casacional, ya que le lleva a estimar el recurso de casación con lo que hace innecesario pronunciarse sobre la segunda.

Dice la Sala que, planteada así la cuestión de interés casacional, hay que recordar la regulación en la LOREG y en el ROF de la moción de censura en el ámbito municipal y del artículo 197.1.a) de la LOREG se deduce lo siguiente:

1º La moción debe promoverla un número de concejales que constituyan mayoría absoluta, previéndose una cláusula frente al transfuguismo y que es lo que está en el fondo del pleito: que si un concejal firmante forma, o ha formado, parte del grupo político municipal del alcalde censurado, se incrementa la mayoría en el mismo número del que esté o de los que estén en esa situación.

2º Además, la moción es constructiva, luego debe incluir un candidato cuya conformidad conste por escrito y, además, el escrito de la moción debe incluir las firmas autenticadas ante notario o ante el secretario municipal de los ediles promotores de la moción [artículo 197.1.b) de la LOREG].

3. En lo que ahora interesa, la moción pasa por dos filtros o controles que regula el artículo 197.1.b), c), d) y e) de la LOREG, en relación con el artículo 107.1 del ROF, y que resumimos así:

1º El primer filtro corresponde al secretario municipal, que comprueba que la propuesta de moción reúne los anteriores requisitos. Si los reúne extiende una diligencia en el mismo acto de presentación y, seguidamente, el escrito diligenciado se presenta en el registro general con el efecto de que el pleno queda "automáticamente convocado".

2º De esta manera, la convocatoria -que es lo impugnado en autos- es por ministerio de la ley, además la LOREG concreta los detalles de la convocatoria del pleno: se notifica la convocatoria a todos los concejales en un día desde la presentación, el pleno es extraordinario, se celebra a las doce horas del décimo día hábil siguiente a su registro.

3º Convocado así el pleno, la LOREG prevé un segundo filtro o control por parte de la Mesa de Edad que preside el pleno. La función de la Mesa de Edad en principio es

limitada -da lectura a la moción de censura- pero ejerce esa función de control que sí es relevante: constata en ese mismo momento que se mantienen los requisitos antes mencionados para poder seguir con su tramitación.

4. Expuesto lo anterior, no se plantea la impugnabilidad del acuerdo del pleno, tampoco de lo que decida antes la Mesa de Edad tras comprobar que se mantienen los requisitos para la moción y que comprobó el secretario, sino si el acto de convocatoria es impugnabile y que, como hemos visto, se produce en sede de la secretaria municipal. Lo que se cuestiona es si este acto de trámite es cualificado conforme al artículo 25.1 de la LJCA: si es de los que deciden directa o indirectamente el fondo, o determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, o causan indefensión, o perjuicios irreparables a derechos, o intereses en conflicto.

5. En cuanto a si la convocatoria del pleno extraordinario decide directa o indirectamente el fondo, esto es, el resultado de la moción, ya hemos dicho que, si el secretario constata que la moción reúne los requisitos antes expuestos, la convocatoria es automática, ope legis, luego no decide directa o indirectamente el fondo que en este caso será lo que resulte de debatir y votar la moción por el órgano político soberano que es el pleno. Este paso, repetimos, se desarrolla en sede de la secretaria municipal, se ciñe a los requisitos de presentación, objetivos, reglados y, si no concurren, no habrá convocatoria, lo que sí será un acto de trámite cualificado; si la constatación es positiva, no será un acto de trámite cualificado, antes bien, es un acto de trámite que permite seguir el procedimiento y no predetermina el resultado final.

6. Si el requisito de procedibilidad de la convocatoria plantea dudas y exige un juicio jurídico valorativo, puede que lo haga constar la secretaría en la diligencia, se convocará el pleno y será en ese segundo momento en el que se abordará la duda o la objeción. De actuar así la secretaria, no por ello es un acto de trámite que predetermina el resultado del procedimiento que es, repetimos, la censura o no del alcalde. Por tanto, que pese a la duda se convoque el pleno, no significa que se prejuzgue su resultado, ni en la prosperabilidad de la moción ni, antes, en su procedibilidad: sólo se traslada la decisión al segundo control que se desarrolla en una instancia ya política, aun con asesoramiento técnico.

7. En cuanto a si la convocatoria es un acto de trámite cualificado porque imposibilita continuar el procedimiento, para rechazar tal supuesto basta estar a lo antes razonado. Y respecto de si la convocatoria es un acto que causa un daño irreparable, la conclusión es que, de celebrarse, en sí no lo causa; sí podrían tener un efecto dañoso que no se celebre el pleno o que, celebrado, no se debatiese y votase la moción, y el eventual daño sería para los promotores de la moción, o para alguno de ellos, ya que no podrían "firmar" una segunda moción durante su mandato, de votarse la moción.

8. Por tanto, en caso de que se convoque el pleno y sea controvertida la concurrencia de alguno de los requisitos de la convocatoria, lo expuesto invita a no aventurarse a su impugnación aislada, pues vistos los plazos fugaces de la LOREG para celebrar el pleno de censura, no se pierde la oportunidad de oponer la impertinencia de la convocatoria; y, si se da el paso, y se impugna, lo mejor será ampliar el recurso

jurisdiccional al acuerdo del pleno, lo que permitirá enjuiciar la corrección del procedimiento de moción.

9. Sí hay otros argumentos favorables a la admisibilidad de la impugnación aislada de la convocatoria. Una vendría de la regla que se sigue en el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales, en el que es admisible impugnar un acto de trámite que lesiona un derecho fundamental. En este caso, la convocatoria percute en el derecho fundamental a la participación política (artículo 23.2 de la Constitución), tanto del alcalde censurado como de los concejales de la mayoría, ante la eventualidad de quedar privados del ejercicio del cargo y del gobierno municipal. Y afecta al mismo derecho de los concejales censurantes al ejercer un aspecto de su *ius in officium* en caso de rechazarse convocar, o no votar la moción por defectos de la presentación.

10. Sin embargo, hay razones para no aplicar tal criterio. Una formal y no especialmente poderosa sería que no se ha seguido este procedimiento por las reglas de los artículos 114 y siguientes de la LJCA; la segunda, que la afectación del derecho fundamental no la causa la convocatoria, sino la celebración del pleno en el que se apruebe la moción de censura tras debatirse y, en su caso, rechazarse la exigencia de una mayoría absoluta cualificada ex párrafo segundo del artículo 197.1.a) de la LOREG.

11. Y otro argumento vendría del lado del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, si la convocatoria no es impugnabile, se celebra el pleno y triunfa la moción, en ese acto se proclama al nuevo alcalde electo. Tal automatismo hace atractivo instar la tutela cautelar del artículo 135 de la LJCA contra el acto de convocatoria para evitarla, sin embargo, aun así, no se altera su naturaleza de acto de trámite no cualificado, pues siempre puede pretenderse respecto de lo que acuerde la Mesa de Edad o, en su caso, el pleno.

12.- El que la convocatoria no sea un acto de trámite cualificado evita duplicidad de impugnaciones pues cabe plantear la ilegalidad de todo el procedimiento al impugnar el acuerdo final del pleno en el que se debata y, en su caso, se apruebe la moción de censura, esto sin perjuicio de impugnar el acto de convocatoria y ampliar el recurso al acuerdo del pleno. Ayuda a tal posibilidad la fugacidad de los plazos, lo que permite, ad cautelam, acumular ya en un solo recurso jurisdiccional todos esos actos.

Y responde a la cuestión de interés casacional diciendo que de conformidad con el artículo 93.1 de la LJCA, diciendo que, en este caso, la convocatoria del pleno extraordinario para el debate y votación de una moción de censura conforme al artículo 197.1 de la LOREG, viene impuesta *ope legis* una vez que el secretario municipal extienda la diligencia tras constatar que la moción de censura reúne las exigencias de los apartados a) y b) del artículo 197.1 de la LOREG, luego no es un acto de trámite cualificado del artículo 25.1 de la LJCA a los efectos de su impugnación aislada.

Y el final del asunto del caso concreto fue que casada y anulada la sentencia impugnada por la Sala del TS, ésta Sala actuando como tribunal de apelación estima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Arapiles contra la sentencia 136/2021, de 12 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Salamanca en el recurso contencioso-administrativo 17/2020, sentencia que se revoca, y declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo promovido por don

A y el concejal del PSOE y el de Ciudadano contra la convocatoria de 14 de enero de 2020 del pleno extraordinario del Ayuntamiento de Arapiles, realizada para el día 29 de enero de 2020.

## CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS. ES DE APLICACIÓN A LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LA NORMA VIGENTE AL TIEMPO DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. INTERÉS CASACIONAL

*Sentencia número 1259/2024 de 11 de julio, de la Sección 3ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 4289/2021.*

*Ponente: Eduardo Espín Templado.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar en relación a la declaración de caducidad del procedimiento de resolución contractual de un contrato sujeto a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incoado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, está sujeto a los plazos de tramitación señalados en dicha Ley 39/2015; y, si en tal caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la referida Ley 39/2015, resulta de aplicación el plazo de ocho meses de tramitación especial de este tipo de procedimientos regulado en el artículo 212.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Y las normas jurídicas objeto de interpretación son el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 212.8 y la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La Sala del TS declara que, para determinar el procedimiento de resolución de los contratos del sector público, sea cual sea la causa que determine la incoación, rige la jurisprudencia consolidada de que, en principio y salvo norma expresa en contra, las normas que rigen un procedimiento son las vigentes en el propio momento en que éste se aplica.

El procedimiento de resolución de un contrato público es un procedimiento autónomo, como lo demuestra el hecho de que vigente un contrato la resolución del mismo por cualquiera de las causas legalmente previstas, la Administración contratante ha de dictar una resolución de incoación del procedimiento de resolución de oficio a instancia del contratante, procedimiento que ha de seguir su tramitación y que finaliza con una resolución que deberá dictarse dentro del plazo de caducidad que corresponda. Y aunque las causas materiales de resolución que den causa a la incoación se rijan de acuerdo con la normativa reguladora de los contratos públicos vigentes en el momento de su convocatoria de adjudicación, dicho procedimiento está sujeto a las normas vigentes en el momento en que se incoa. Todo ello lleva a la conclusión de que el procedimiento de resolución contractual iniciado en el caso de autos el 17 de septiembre

de 2018, fecha en que ya se encontraba en vigor la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, quedaba sometido a esta regulación y al plazo de caducidad de 8 meses que prevé su artículo 212.8.

En consecuencia, responde a la cuestión de interés casacional diciendo que el procedimiento de resolución de los contratos públicos está sometido a las normas vigentes en el momento en que se tramita dicho procedimiento. Por ello, en el caso de autos, el procedimiento de resolución incoado el 17 de septiembre de 2018 está sometido a la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 y al plazo de caducidad previsto en la misma, pese a que el contrato se adjudicó antes de la entrada en vigor de la citada ley.

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SERVICIOS DE ARQUITECTURA. LAS PRESTACIONES DE ESTE SERVICIO TIENEN CARÁTER INTELECTUAL. APLICACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE LAS OFERTAS DE LAS ESPECIALIDADES CONENIDAS EN EL ARTICULO 145.4 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. INMTERÉS CASACIONAL.**

*Sentencia número 1362 de 18 de julio, de la Sección 3ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.*

*Recurso de casación 4379/2021.*

*Ponente: Diego Córdoba Castroverde.*

La cuestión de interés casacional consiste en determinar el alcance de la disposición adicional 41ª de la Ley de Contratos del Sector Público, donde se asigna a las prestaciones de arquitectura la naturaleza de actividad intelectual, y en concreto, en relación con el artículo 145.4 de la cita Ley cuándo los pliegos deben contener criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Dice la Sala del TS que la sentencia impugnada, asumiendo el criterio sentado en otros tribunales, en concreto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 187/2020 de 18 de septiembre (rec. 7415/2019) declara que "en toda prestación de servicios interviene el intelecto humano para considerar que el concepto de prestaciones de carácter intelectual que contempla el artículo 145.4 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, integra una categoría más cualificada, de la que solo forman parte aquellas prestaciones en cuyo desarrollo no solo intervienen funciones intelectivas sin más, sino que se refieren a trabajos que impliquen creatividad amparada por el derecho de propiedad intelectual en los ámbitos de las arquitectura, la ingeniería, la consultoría técnica y el urbanismo". Y más adelante añade "[...] esta Sala también considera que un contrato de Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de la Obra de Reforma y Mejoras de un centro residencial no puede considerarse incluido dentro de la categoría de contratos con prestaciones intelectuales y que, pese a que exista una labor innovativa e intelectual en la que participen arquitectos, no constituyen el elementos esencial del mismo. En caso contrario, cualquier contrato en el que participe un arquitecto o haya participado con carácter previo a su ejecución, daría lugar a entender

que es una prestación intelectual y que deben cumplirse los criterios de adjudicación propios de este tipo de contrato".

Continúa diciendo la Sala del TS que La Ley 9/2017, de contratos del sector público, al igual que el Real Decreto Ley 3/2020, no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual, pero la Disposición Adicional 41ª de la Ley de Contratos del Sector Público es clara cuando afirma que "Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley". La interpretación literal no deja lugar a dudas, pues reconoce que los servicios de arquitectura tienen la consideración de "prestaciones de carácter intelectual" y lo hace específicamente "con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley", lo cual implica que las especialidades de la Ley de contratos cuando hace referencia a las "prestaciones de carácter intelectual" son de aplicación cuando se contrata la prestación de servicios de arquitectura.

De modo que cuando en referencia a un contrato de servicios de arquitectura tanto los criterios de adjudicación como el pliego de cláusulas administrativas establecen que la evaluación de la oferta económica por lo que tan solo permite valorar los criterios de calidad con un 10 puntos, se está incumpliendo la previsión de la ley de contratos del sector público cuyo artículo 145.4, párrafo segundo de la LCS se dispone que "en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar "al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas [...]".

El hecho de que la Ley Propiedad Intelectual y la interpretación que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya vinculado las prestaciones de carácter intelectual a la "originalidad" de la creación que genere un producto novedoso que permita diferenciarlo de los preexistentes, tiene un alcance y ámbito de aplicación completamente distinto al que nos ocupa y no puede extrapolarse ni servir como elemento de interpretación de la Ley de contratos en la que expresamente vincula las prestaciones intelectuales con los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo "con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley".

Y respondiendo a la cuestión de interés casacional planteada ha de afirmarse que la Disposición Adicional 41ª de la Ley de Contratos del Sector Público ("Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley") implica que la contratación de los servicios de arquitectura tiene la consideración de una prestación de carácter intelectual a los efectos de aplicar las especialidades contenidas en dicha norma sobre criterios de adjudicación como la contenida en el art. 145. 4 párrafo segundo de dicha norma en la que se establece que "en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar "al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.