



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00120/2017

Ponente: Don Julio César Díaz Casales

Recurso de apelación número: 291/2015

Apelante:

Apeladas:

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la:

SENTENCIA

Ilmos/Ilma. Sres.Sra.:
Don Fernando Seoane Pesqueira, presidente.
Doña Dolores Rivera Frade
Don Julio César Díaz Casales

A Coruña, a 1 de marzo de 2017.

En el recurso de apelación que con el número 291/15

procuradora doña María Irene Cabrera Rodríguez y dirigidos por el letrado don Rafael Rossi Izquierdo, contra la Sentencia de fecha 7 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de A Coruña en el procedimiento Abreviado que con el número 241/2014 se sigue en el Juzgado, sobre relación de puestos de trabajo. Son apeladas **el Concello de A Coruña**, representado y dirigido por el Letrado de los Servicios Jurídicos de dicho Concello y representada por el

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. **Don Julio Césa:**
Casales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por [redacted] y otros representados por la procuradora Doña Irene Cabrera Rodríguez frente al Concello de A Coruña, representados y bajo la dirección letrada de su Abogada, [redacted] Mourelle; y, siendo codemandada, [redacted], representada por el procurador D. [redacted], contra la resolución del Teniente de Alcalde de la Delegada de Personal del Ayuntamiento de A Coruña, de fecha 24 de septiembre de 2014, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto el 27 de agosto de 2014; contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de A Coruña de fecha 28 de julio de 2014 por la que se aprueba una modificación puntual de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de A Coruña y las resoluciones de la Teniente de Alcalde delegada de personal del Concello de A Coruña, de 1 de agosto de 2014, por la que se convocan por el sistema de libre designación siete puestos de Jefe de Servicio así como la Jefatura de departamento de control financiero de esta entidad local y la de 14 de agosto de 2014, por la que se convocan por el sistema de libre designación tres puestos de Jefe de Servicio de la entidad local, así como la Jefatura de servicio de informática municipal.-Se imponen las costas a los actores".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, por providencia de fecha 18 de febrero de 2016 se acordó conferir traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de 10 días, a fin de que formularan alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad del precepto autonómico planteado en la apelación, traslado que ha sido evacuado con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Por Auto de fecha 31 de marzo de 2016 se acordó promover ante el Tribunal Constitucional la posible inconstitucional del art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 de 13 de marzo, elevar las actuaciones y suspender el curso del presente rollo hasta que no se publique en el BOE la admisión de la cuestión planteada y, por el Tribunal Constitucional se dictó Auto inadmitiendo a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada y ordenando su publicación en el BOE, recibidas las actuaciones quedaron pendiente para dictar sentencia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que han de entenderse sustituidos por los que a continuación pasamos a exponer.

PRIMERO.- Sentencia de Instancia.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de A Coruña dictó la St. de 7 de abril de 2015, recaída en los autos de procedimiento abreviado número 241/14, por la que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Teniente de Alcalde Delegada de personal del Concello de A Coruña de fecha 24 de septiembre de 2014 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Concello por el que se aprueba una modificación puntual de la Relación de Puestos de Trabajo en lo relativo a la utilización del sistema de libre designación para la cobertura de las Jefaturas de Servicio y Jefatura del Departamento de Control Financiero así como la apertura a su provisión por habilitados nacionales; contra las resoluciones de la Teniente de Alcalde delegada de personal del Concello de A Coruña de 1 de agosto de 2014 por la que se convoca por el sistema de libre designación siete puestos de Jefe de Servicio así como la Jefatura del Departamento de control financiero; y contra las resoluciones de la Teniente de Alcalde delegada de personal de 14 de agosto del mismo año por la que se convocan por el sistema de libre designación tres puestos de Jefe de Servicio, así como la Jefatura del Servicio de informática municipal.

SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de apelación.

Las recurrentes en aquél procedimiento recurren en apelación la sentencia esgrimiendo los siguientes motivos de impugnación: **a)** la falta de negociación colectiva de la modificación de la RPT operada por la Resolución de 24 de septiembre de 2014; **b)** la vulneración de los artículos 20 y 21 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014 por suponer la modificación un incremento de la plantilla municipal; **c)** la improcedencia del sistema de libre designación escogido por el Concello para la cobertura de los puestos de Jefatura de Servicio y de Control Financiero; **d)** la improcedencia de participación de habilitados de carácter nacional para la provisión de los puestos de Jefatura de Servicio; y, por último, **e)** la desviación de poder en el actuar de la Administración.

Estos motivos de impugnación fueron rechazados, en su mayor parte, por la juzgadora de instancia, debiendo esta Sala dar respuesta los argumentos que exponen los apelantes como crítica de los razonamientos que se recogen en la sentencia objeto de apelación en esta alzada, en lo que perjudica a sus intereses excluyendo, por lo tanto, los pronunciamientos que les benefician, como son el rechazo de las causas de inadmisibilidad invocadas en su día por Administración, incluida la falta de legitimación activa para

alegar la falta de negociación del acuerdo de modificación de la RPT.

TERCERO.- Por lo que hace a la falta de negociación de la apertura de los puestos a habilitados nacionales.

Lo que defienden los apelantes es que la decisión de abrir los puestos de Jefatura de servicio a los habilitados nacionales está sujeta a una previa negociación pues, a su juicio y en contra de lo que sostiene la sentencia de instancia, la apertura de las Jefaturas de Servicio con carácter general a los habilitados nacionales afecta a la forma de provisión de puestos de trabajo de la Corporación y tiene repercusión en los funcionarios de la entidad local por una doble razón, ya que por una parte menguan las posibilidades de acceso y provisión de dichos puestos a los funcionarios de la propia Corporación, y por otra repercute en el desarrollo de sus labores ordinarias y, por tanto, afecta a las condiciones de trabajo.

En todo admitido por los apelantes que sí se celebró una Mesa General de Negociación el día 24 de julio de 2014, en cuya Acta se trató el tema discutido, lo que sostienen es que realmente este tema no se haya sometido a negociación pues se introdujo en la reunión bajo el apartado de "Ruegos y preguntas", y debería de haberse adelantado su conocimiento a los integrantes de la mesa a través de su incorporación como punto del orden del día, permitiendo de este modo un estudio y reflexión suficiente.

No les falta razón a los apelantes cuando censuran esta actuación administrativa, que es merecedora de crítica por entrañar falta de rigor. Pero el hecho de que el tema discutido se haya tratado en la reunión bajo el apartado de "ruegos y preguntas" no significa en este caso que no se haya sometido a negociación.

En efecto, de la copia del acta de la reunión de la Mesa celebrada el 24 de julio de 2014 (aportada por los recurrentes como documento número 62 de la demanda y aportada por el Concello en el acto de la vista) resulta que en el turno de ruegos y preguntas la Teniente de Alcalde y delegada de personal informó sobre la modificación e intervinieron los representantes de las secciones sindicales. Por lo que hemos de concluir que el tema de la apertura de los puestos de Jefatura de Servicio a los habilitados nacionales se sometió a debate, aunque lo fuera bajo un apartado de la reunión que no es el idóneo para ello, pero lo cierto es que en esa reunión los integrantes en la Mesa negociadora expresaron sus opiniones al respecto y así se recogió, sin que la circunstancia de que se haya sometido a debate en aquella fase de la reunión haya merecido ninguna objeción ni reproche a quienes estaban allí presentes. No formularon ninguna queja al respecto tampoco en relación a la falta de conocimiento previo del tema a tratar, por lo que no se puede afirmar la invalidez de lo negociado cuando los integrantes de la Mesa lo han dado por válido o, al menos, no consta que lo hubiesen impugnado.

Con este pronunciamiento no se trata de negar a los apelantes una legitimación que les ha reconocido la sentencia



de instancia para alegar la falta o en su caso la defectuosa negociación del tema discutido, sino de admitirlo como válidamente negociado, cuando no se ha demostrado una falta de conocimiento previo que les impidiese tratar, debatir y opinar sobre esta cuestión.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En todo caso conviene advertir que las sentencias que invocan los apelantes en su recurso, en donde se reprocha a la Administración los defectos en la negociación de diferentes cuestiones, han sido los Sindicatos o miembros del órgano colegiado en el que se tenían que debatir, los que invocaron tales derechos y los que en definitiva habían alegado la celebración de una reunión que carecía de contenido real (STC 107/200) o la imposibilidad de obtener una formación reflexiva de los asuntos a tratar (STSJ Extremadura de 31 de enero de 2006).

Para terminar este apartado ha de señalarse que admitida la negociación del tema relativo a la apertura de las Jefaturas de Servicio a los habilitados nacionales, resulta innecesario entrar a debatir sobre la necesidad de someter este tema a negociación.

CUARTO.- Sobre la procedencia del sistema de libre designación como sistema de provisión. Resultado del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La preferencia de la normativa básica estatal sobre la regulación autonómica en relación con las Entidades Locales.

La segunda cuestión que se somete a debate en esta alzada gira en torno a la elección de la libre designación como sistema de provisión de puestos de Jefatura de Servicio y la de Jefatura de Departamento de Control Financiero.

La sentencia de instancia despacha la cuestión señalando que en este aspecto la modificación operada no supone variación alguna respecto a la RPT anterior, por lo que viene a señalar que dicha cuestión representa una suerte de acto firme. Concretamente la sentencia señala lo siguiente:

"...Se ha de comenzar señalando que la RPT impugnada solo introduce el sistema de libre designación para el puesto de Jefe de departamento de control financiero; lo que implica que no cabe debatir el sistema de libre designación de los demás puestos de Jefatura, por ser firme tal situación con los anteriores RPT, tal como alega la defensa de la administración..."

Pero como señalan los recurrentes la modificación operada reabre el plazo de impugnación respecto también de aquellos aspectos que repitan la regulación precedente, como dijimos en la St. de 17 de septiembre de 2014 (recaída en el Recurso 176/2012) que se remite, a su vez, a la del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2013, citada por los apelantes, pero para no reiterarnos es preciso recordar una sentencia del T.S. de 15 de octubre de 2012 (Recaída en el recurso 4767/2011) en la que, en relación con la reiteración del sistema de libre designación, expresivamente se consigna:

"...Y tampoco se puede aceptar que el hecho de que el sistema de cobertura de algunos de los puestos de trabajo controvertido no haya sufrido cambio alguno, manteniendo el que ya figuraba en la anterior Relación de Puestos de Trabajo, conlleve que, a efectos de su preceptiva justificación, sirva la ofrecida por la Administración en el expediente administrativo que se tramitó en relación con aquélla. Esta Sala y Sección ya ha señalado en diversas ocasiones (por todas, sentencias de 24 de enero y 15 de marzo de 2011 - recursos de casación num. 28/2008 EDJ2011/5243 y 1144/2008 EDJ2011/26057 , respectivamente -) que, tratándose de una nueva Relación de Puestos de Trabajo que incorpora la totalidad de los puestos objeto de controversia, esto supone abrir la posibilidad de la directa impugnación de todos ellos y la necesidad de que, si así se hace, se justifiquen las razones que hayan determinado disponer el sistema de libre designación para cada uno de los que se han objeto de la impugnación, cosa que, en el presente caso, no ocurrió a juicio de la Sala de instancia, sin que tal apreciación fáctica haya sido combatida eficazmente en sede casacional..."

Por ello este aspecto del motivo ha de ser estimado y en este aspecto la sentencia de instancia merece ser matizada.

Por lo que hace a la opción por el sistema de libre designación para la cobertura de los puestos, la decisión no puede venir amparada por la previsión contenida en el Art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 ya que contraviene lo dispuesto en los Arts. 78 y 79 del EBEP que establecen que el sistema de provisión ordinario y de utilización preferente es el concurso.

Como advierten los recurrentes esta Sala había planteado una cuestión de inconstitucional en relación con el Art. 30 del Decreto Legislativo y en el presente recurso volvió a plantearla por Auto de 31 de marzo de 2016, siendo inadmitida por Auto del T.C. 176/2016 de 18 de octubre de 2016 en base a lo siguiente:

Para ello debemos de partir de que, conforme al art. 79 del Real Decreto Legislativo 5/2015, el concurso es el sistema ordinario y la libre designación, en consecuencia, el sistema excepcional. Precisamente por ello el sistema de libre designación viene limitado a los puestos de trabajo de especial responsabilidad y confianza. La remisión a las leyes de función pública de desarrollo del Real Decreto Legislativo 5/2015 lo es para establecer «los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación». No se establece, por tanto, más limitación a la posibilidad de configuración del sistema de libre designación por el legislador autonómico que los puestos que se provean por este sistema exigen una especial responsabilidad y confianza por las funciones que tienen encomendadas y que los criterios establecidos no conviertan el sistema excepcional en un sistema ordinario.

Pues bien, el Decreto Legislativo 1/2008 establecía que el concurso era el sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo, que la libre designación con convocatoria pública se utilizaría para cubrir aquellos puestos que así se



determinasen en las relaciones de puestos de trabajo, exigiéndose además que, atendiendo a la función a desempeñar, era requisito necesario estar en posesión del diploma de directiva o directivo expedido por la Escuela gallega de Administración pública o equivalente dado por otras instituciones públicas que habilite para el ejercicio del puesto de trabajo de que se trate (artículo 29).

Los criterios que se infieren de lo dispuesto en dicho precepto y en la disposición ahora cuestionada, son que las funciones que justifican el recurso a la libre designación son las de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellas que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones; que las subdirecciones generales o equivalentes, jefaturas de servicio o equivalentes y las secretarías de altos cargos reúnen los requisitos establecidos en el apartado anterior para ser provistos por libre designación, esto es, cumplen funciones directivas o de especial responsabilidad o confianza; y que, en el caso de los puestos que correspondan a las categorías antes mencionadas, la provisión por libre designación no es una decisión voluntaria de la Administración sino que viene impuesta por el legislador, mientras que para los puestos no encuadrados en estas categorías es la relación de puestos de trabajo la que podrá elegir entre concurso o libre designación siempre y cuando, claro está, los puestos tengan asignadas funciones de naturaleza directiva, de especial responsabilidad o de especial confianza y así se justifique en la relación de puestos de trabajo.

No hay base alguna, a partir de la interpretación del art. 80.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, en los términos en los que está formulada la base estatal, que indique que los criterios para definir los puestos que pueden cubrirse por libre designación no pueden utilizar denominaciones relativas a determinadas categorías de puestos de trabajo siempre y cuando, claro está, dichas categorías de puestos de trabajo tengan asignadas funciones de «especial responsabilidad», o de «especial confianza». Los únicos límites, como se anticipó, son la excepcionalidad del sistema de libre designación y la relación entre la utilización de este sistema de provisión y las funciones de especial responsabilidad o confianza de los puestos de trabajo. Por ello, solo en el caso de que pudiera afirmarse que las funciones que tienen asignadas las jefaturas de servicio no son en modo alguno de especial responsabilidad o que la imposición por el legislador del sistema del libre de designación para una serie de puestos directivos de segundo nivel elimina el carácter excepcional de este sistema de provisión, cabría llegar a la conclusión de que no se respeta la normativa básica. La legislación autonómica asimilaba las funciones de especial responsabilidad con la función directiva, o, mejor dicho, establecía que los puestos de trabajo que tienen funciones directivas son puestos que conllevan funciones de especial responsabilidad. Si el legislador básico hubiera querido excluir las funciones directivas de las funciones de especial responsabilidad, o limitar las categorías de puestos con funciones de dirección susceptibles de ser cubiertos por libre designación, debía haberlo hecho expresamente, incorporándolo a la legislación básica.

Así pues, si las funciones directivas son funciones de especial responsabilidad, la utilización del sistema de libre designación para cubrir las jefaturas de servicio que ha establecido el legislador autonómico no conllevaba una ampliación de las funciones que justifican, en la legislación estatal, el recurso a la libre designación, salvo que las jefaturas de servicio no tuvieran funciones directivas. Pero dada la estructura organizativa y la organización jerárquica de la administración, la jefatura de servicio implica la actividad de coordinación y mando sobre los puestos de trabajo que integran el servicio administrativo, con independencia de que existan otros niveles directivos superiores - subdirecciones generales-. En este sentido, el art. 36.2 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia señala que los servicios constituyen órganos de apoyo a los órganos de dirección de cada consejería, y, entre las funciones que se les atribuyen se encuentran las de coordinación, dirección y control de las unidades administrativas de ellos dependientes.

Pero, en segundo lugar, la exigencia de que dichos puestos se cubran por libre designación eliminando la discrecionalidad de la administración al elaborar la relación de puestos de trabajo, no implica eliminar el carácter excepcional de este sistema de provisión. El Real Decreto Legislativo 5/2015 no impone que la excepcionalidad se refiera a cada una de las categorías de puestos de trabajo (dentro de las subdirecciones generales, por ejemplo, unas deben ser cubiertas por libre designación y otras por concurso), pues se limita a relacionar la excepcionalidad con la limitación de las funciones atribuidas a los puestos de trabajo -solo aquellos que tengan determinadas funciones pueden ser cubiertos por este sistema-.

En tercer lugar, corresponde al legislador que desarrolla el Real Decreto Legislativo 5/2015 -autonómico o estatal- establecer los límites de la libre designación en el marco que impone la legislación básica. Por ello tanto cabe que el sistema de libre designación se formule de forma no solo excepcional sino restrictiva dentro de su excepcionalidad -este era el caso de la legislación estatal [art. 20.1.1 b)] segundo párrafo Ley 30/1984, que siguieron inicialmente todas las Comunidades Autónomas y que hoy se mantiene para el Estado, o que las legislaciones de desarrollo del Real Decreto Legislativo 5/2015 amplíen, dentro de los dos límites establecidos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, el sistema de libre designación que no resulta contrario al art. 23.2 CE (STC 235/2000).

7. De acuerdo con las consideraciones realizadas, y conforme a la conclusión que alcanzamos en otras ocasiones (ATC 85/2013, de 23 de abril, FJ 7) apreciamos que la normativa estatal que se utiliza como canon en el control de constitucionalidad de la normativa autonómica tiene una indudable naturaleza básica desde la doble perspectiva formal y material. Con arreglo a tal carácter es susceptible de ser desarrollada en el ámbito de cada Comunidad Autónoma y, en este sentido, el precepto autonómico cuestionado constituye un desarrollo de la misma conforme con ella, pues no altera la regla establecida por la norma básica. En suma, es posible concluir que, afirmado el carácter básico de la normativa estatal, no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada



incurra en contradicción con sus mandatos lo que resulta imprescindible, en supuestos como el presente, para sostener la inconstitucionalidad del precepto autonómico, pues ambas normas son así susceptibles de ser interpretadas e integradas armónicamente. Por ello, falta aquí la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que, en los términos expuestos en el Auto de planteamiento, se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, lo que priva del necesario fundamento a la presente cuestión y determina que deba ser inadmitida a trámite.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado»

Pues bien, con arreglo al siempre superior criterio del T.C. cabe la interpretación armoniosa e integradora del Art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 con la legislación básica estatal, siempre que se mantenga el carácter excepcional del sistema de provisión por libre designación y solo en función de la especial responsabilidad y confianza que entrañen las funciones del puesto, justificadas en la relación de puestos de trabajo.

Pero tampoco podemos olvidar que, como señalan los recurrentes, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 3.2 del Decreto Legislativo 1/2008 por la que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia, el Art. 168 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y la Disposición Final Primera de la Ley 7/2007 por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, en relación a la regulación de la función pública local es de preferente aplicación la legislación básica estatal a la legislación autonómica sobre función pública.

Esta cuestión la resolvimos en la St. de 15 de febrero de 2017, dictada en el Recurso de apelación 216/2016, en la que dijimos:

"...según el artículo 3.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que estaba vigente cuando se aprobaron los acuerdos aquí impugnados, "El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local", lo cual revela, a la vez que una preferencia de la normativa estatal para la regulación de esta materia, la reconducción de la función pública local al régimen general de la función pública. Al mismo tiempo, significa que la función pública local debe formar parte del ordenamiento de la función pública desarrollado a partir del bloque de la constitucionalidad concretado en torno al 149.1.18º de la Constitución.

En congruencia con lo anteriormente señalado, en la materia de provisión de puestos de trabajo de funcionarios de carrera en la Administración Local la regulación normativa

concede preferencia a lo que establezca la legislación del Estado, como se desprende del artículo 3.2 del DL 1/2008, que dispone que se aplica dicha normativa autonómica "En lo que no está reservado a la legislación del Estado", y así se deduce igualmente del tenor del artículo 168 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que establece:

"La provisión de puestos de trabajo que, de conformidad con la relación aprobada, estén reservados o puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado".

Asimismo, el artículo 101 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, remite para la provisión a las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas, que evidentemente son las básicas del estatuto básico del empleado público...

En ese sentido, esta Sala y Sección ya acudió a la normativa estatal, en materia de provisión de puestos de trabajo de funcionarios de carrera de la Administración Local, en nuestras sentencias de 21 de mayo de 2014 (recaída en el Recurso 874/2011) y de 5 de noviembre de 2014 (recurso de apelación 244/2014).

De lo anterior se desprende que, en principio, la materia de provisión de puestos de trabajo de funcionarios, también respecto a los de la Administración Local, se regula por los artículos 79 y 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 (en su momento eran los mismos ordinales de la Ley 7/2007), debido a que la disposición final 1ª de dicha norma establece que "Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios".

En consecuencia, el concurso es el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, y en ese sentido la opción por la libre designación exigiría una motivación individualizada...

Las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1996 y 10 de abril de 2000, haciendo una síntesis de la normativa estatal contenida en el anterior artículo 20 de la Ley 30/1984, han declarado que el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: **a)** tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; **b)** se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; **c)** sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad); **d)** la objetivación de los puestos de esta última clase ("especial responsabilidad") está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos...." y serán públicas, con la consecuencia facilitación del control...".



De tan largas citas jurisprudenciales hemos de quedarnos con tres ideas básicas: **1º)** cabe una interpretación integradora de la normativa básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo, en todo caso ésta última solo es aplicable a los entes locales una vez hecha exclusión de la legislación estatal que opera como derecho supletorio de primer grado; **2º)** el sistema de provisión ordinario es el concurso, teniendo el de libre disposición carácter extraordinario y precisado de una motivación o justificación individualizada; y **3º)** no cabe negar a las Jefaturas de Servicio una funciones directivas, cuando impliquen una actividad de coordinación y mando sobre los puestos que se integran en el mismo, aunque resulten subordinadas a otros puestos directivos superiores, pero en todo caso se exige la acreditación de una especial confianza o responsabilidad.

Pues bien, conforme a las anteriores coordinadas hemos de examinar los puestos de Jefatura de Servicio que son objeto de impugnación, en cuanto a la modificación de la RPT como en relación a la convocatoria para su cobertura:

- Jefaturas de Servicio convocadas por Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOP 6/8/2014):
 - - de Personal
 - - de Interior
 - - de Presupuestos y de Estudios Económicos
 - - de Movilidad Urbana
 - - de Acción Social
 - - de Gestión Tributaria
 - - de Empleo y Empresa.Jefatura de departamento de control financiero.
- Jefaturas de Servicios convocadas por la Resolución de 14 de agosto de 2014 (BOP 21/8/2014):
 - - de Innovación y desarrollo tecnológico
 - - de Planeamiento y Gestión de Suelo
 - - de Museos Científicos
 - - de Informática Municipal.

Es cierto que en relación con estos puestos el Concello demandado defiende la procedencia del sistema de libre designación por la previsión categórica contenida en el Art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 de Función Pública de Galicia, pero alcanzada la conclusión de que en relación con los Entes Locales es de aplicación preferente la legislación estatal y, en todo caso, que la interpretación armónica de ambas disposiciones exigen la justificación individualizada en función de las condiciones de responsabilidad y confianza, hemos de concluir que no contenida esta motivación en la modificación operada se impone la estimación de este motivo del recurso y, en consecuencia decretar la nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la que se aprobó la modificación parcial de la RPT en relación con los 11 puestos de Jefatura de Servicio por falta de justificación de la elección del sistema de libre designación para su cobertura.

Respecto a la opción de la libre designación resta por examinar esa determinación en relación con el puesto de la

Jefatura de Departamento de Control Financiero. En relación con este puesto resulta del expediente que se contiene un informe del Interventor de 23 de julio de 2014 (folios 10 a 14) en el Acuerdo de la Junta de Gobierno se consigna lo siguiente:

"La motivación de tal cambio se justifica en la necesidad de una experiencia muy cualificada en la materia, de forma que permita buscar y seleccionar el profesional con el perfil más adecuado para dicho puesto. Asimismo, se determinan los requisitos específicos para la ocupación de este puesto y la necesidad de estar en posesión de formación complementaria en materia de auditoría, contratación administrativa, contabilidad y subvenciones. Se adjunta informe emitido por el Interventor General" (folio 17 del expediente)

No podemos negar que en relación con este puesto el acuerdo intentó justificar la opción, pero tampoco podemos desconocer que en modo alguno se aducen criterios de especial responsabilidad o confianza, más bien parecen referirse conocimientos o perfiles que podrían ser objeto de un concurso específico, por lo que también la opción de la libre designación respecto de este puesto ha de ser anulada por contravención de lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público.

QUINTO.- Sobre la posibilidad de cobertura de los puestos de Jefatura de Servicio por funcionarios de habilitación nacional.

Los recurrentes critican la sentencia recurrida en relación a esta cuestión, la misma se limita a remitirse a otra anterior del Juzgado de lo Contencioso número 1, y después de referir las Sts. del TSJ de Galicia 17 de septiembre de 2014 y de Castilla-León de 13 de abril de 2013, señalan que conforme a la Disposición Adicional Segunda del EBEP, el Art. 92 de la LBRL, los Arts. 158 y ss. del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril los funcionarios de habilitación nacional tienen encomendadas las funciones de fe pública y asesoramiento legal (secretaría y secretaria-intervención) y fiscalización de la gestión económico-financiera y presupuestaria, que nada tienen que ver con las funciones de gestión, por lo que entienden que la administración local no puede realizar una apertura cuasi-indiscriminada a funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Por su parte el Ayuntamiento de A Coruña señala que las jefaturas de servicio no son puestos directivos y en todo caso advierte que en este extremo de la modificación operada vino precedida de una consulta a la Dirección Xeral de Administración Local de la Xunta de Galicia que emitió el informe señalando que cabría el desempeño de los puestos siembre que estuvieran abiertos en la RPT a ellos. En efecto en el expediente resulta que existe el referido informe firmado por el Director Xeral de Administración Local en el que en contestación a un escrito remitido por el Concello el día 10 de abril de 2014 se contesta el mismo día en los siguientes términos:



"...Respecto das cuestión plantexadas e aplicando a normativa anterior, informamos que os funcionarios con habilitación de carácter nacional poden desempeñar postos de traballo nas distintas administración públicas (estatal, autonómica e local) en postos non reservados, sempre que a corresponde relación de postos de traballo permita dita cobertura..." (folio 2 del expediente).

La cuestión es ciertamente compleja y no son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales existentes. En todo caso ha de advertirse que tanto los recurrentes como el Ayuntamiento y la codemandada admiten que la St. 13 de abril de 2013 del TSJ de Castilla-León aborda la cuestión desde una perspectiva diametralmente opuesta, porque allí se trataba de un recurso promovido por el Colegio de Secretarios e Interventores que recurría una modificación por la que se excluía a los habilitados nacionales de la posibilidad de concurrir a la cobertura del Puesto de "Jefe del Servicio de Asistencia a los Municipios" de la Diputación de León, que se reservaba a funcionarios de la Administración General y de la Administración Especial, cambiando radicalmente el sistema anteriormente vigente, en el que el puesto estaba reservado exclusivamente a los funcionarios pertenecientes a la Escala de Habilitados Nacionales. En tanto que el presente caso se produce un fenómeno contrario, las Jefaturas de Servicio pasan a poder ser desempeñadas no solo por los funcionarios de la Escala General y Administración Especial sino también por funcionarios de Habilitación Nacional. Pese a esta diferencia el TSJ de Castilla-León alcanza la siguiente conclusión:

"...el éxito de la pretensión ejercitada en este proceso podría conseguirse si se hubiera demostrado efectivamente que el puesto de Jefe de Servicio de Asistencia a Municipios tiene atribuidas alguna de tales funciones; más resulta que sobre ello no se hacen en la demandan una argumentación mínimamente consistente..."

La sentencia realiza esta afirmación después de referir la Disposición Final 2 del EBEP, que establece que los cuerpos de habilitación nacional tienen atribuidas con carácter exclusivo la realización de las funciones secretaria, comprensivas de la fe pública y de asesoramiento legal preceptivo, y el control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, de contabilidad, tesorería y recaudación. Por lo que interpretando rectamente la Sentencia hemos de afirmar que se llega a la conclusión de que a los cuerpos de habilitación nacional les corresponde la realización de estas funciones con carácter de exclusivo, por lo que la apertura del puesto a la cobertura por ellos reclamada viene condicionada a que se pruebe que tenían atribuidas estas funciones, lo que les lleva a desestimar la demanda por la falta de acreditación de que en el referido puesto estuvieran implicadas estas funciones. Pero en el presente caso la cuestión es sí no discutiéndose que las Jefaturas de Servicio no entrañan funciones que les corresponden con carácter exclusivo, pueden abrirse a su cobertura a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

No están en cuestión las disposiciones que disciplinan el régimen de los funcionarios de habilitación nacional, no obstante conviene referir las más relevantes:

- La **Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local** que dedica el Título VII a la regulación del personal al servicio de las administraciones locales, dedicando el Capítulo II a los funcionarios públicos y regulando en el Art. 92 bis, introducido por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, el régimen de los funcionarios de habilitación nacional, en los siguientes términos:

funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional corresponde al Estado, a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente.

6. El Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local ARTÍCULO 92 BIS. FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL Jurisprudencia Consultas Bibliografía AF Mementos

1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional:

a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.

No obstante, en los municipios de gran población se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Título X de la presente Ley y en los municipios de Madrid y de Barcelona la regulación contenida en las Leyes 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona respectivamente.

2. La escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se subdivide en las siguientes subescalas:

a) Secretaría, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.a) anterior.

b) Intervención-tesorería, a la que corresponden las funciones contenidas en el apartado 1.b).

c) Secretaría-intervención a la que corresponden las funciones contenidas en los apartados 1.a) y 1.b).

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

4. El Gobierno, mediante real decreto, regulará las especialidades de la creación, clasificación y supresión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

carácter nacional así como las que puedan corresponder a su régimen disciplinario y de situaciones administrativas.

5. La aprobación de la oferta de empleo público, selección, formación y habilitación de los con habilitación de carácter nacional. En todo caso, el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. El ámbito territorial de los concursos será de carácter estatal.

Los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará un mínimo del 80% del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Comunidad Autónoma se fijarán por cada una de ellas y su puntuación podrá alcanzar hasta un 15% del total posible. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por ésta, y su puntuación alcanzará hasta un 5% del total posible.

Existirán dos concursos anuales: el concurso ordinario y el concurso unitario. El concurso unitario será convocado por la Administración del Estado. Las Corporaciones locales con puestos vacantes aprobarán las bases del concurso ordinario, de acuerdo con el modelo de convocatoria y bases comunes que se aprueben en el real decreto previsto en el apartado anterior, y efectuarán las convocatorias, remitiéndolas a la correspondiente Comunidad Autónoma para su publicación simultánea en los diarios oficiales.

Excepcionalmente, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional podrán cubrirse por el sistema de libre designación, en los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los arts. 111 y 135 del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, así como las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos Insulares y las ciudades con estatuto de autonomía de Ceuta y Melilla, entrefuncionarios de la subescala y categoría correspondiente. Cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo, será precisa la autorización expresa del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales.

Igualmente, será necesario informe preceptivo previo del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas locales para el cese de aquellos funcionarios que tengan asignadas las funciones contenidas en el apartado 1.b) de este artículo y que hubieran sido nombrados por libre designación.

En caso de cese de un puesto de libre designación, la Corporación local deberá asignar al funcionario cesado un puesto de trabajo de su mismo grupo de titulación.

7. Las Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental.

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

Excepcionalmente, antes del transcurso de dicho plazo, se podrán efectuar nombramientos con carácter provisional por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, siempre que existan razones y circunstancias que requieran la cobertura del puesto con carácter urgente por estos funcionarios, y la imposibilidad de efectuar un nombramiento provisional conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

Reglamentariamente se establecerán las circunstancias excepcionales que justifiquen la solicitud de un nombramiento provisional, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, el posible perjuicio o menoscabo que se generaría en la Entidad Local en la que se ocupe el puesto en el momento de la solicitud.

9. En el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas existirá un Registro de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional integrado con las Comunidades Autónomas, donde se inscribirán y anotarán todos los actos que afecten a la vida administrativa de estos funcionarios.

10. Son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

a) El órgano correspondiente de la Corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve.

b) La Comunidad Autónoma respecto a funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal.

c) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal.

El órgano competente para acordar la incoación del expediente lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación.

La instrucción del expediente se efectuará por un funcionario de carrera de cualquiera de los Cuerpos o Escalas del Subgrupo A1 de titulación, incluida la Escala de Funcionarios con Habilitación de carácter nacional, que cuente con conocimientos en la materia a la que se refiera la infracción.

11. Son órganos competentes para la imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

a) El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal.

b) La Comunidad Autónoma, cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución, no comprendidas en el párrafo anterior.

c) El órgano local competente, cuando se trate de imponer sanciones por faltas leves.

La sanción impuesta se ejecutará en sus propios términos, aún cuando en el momento de la ejecución, el funcionario se encontrara ocupando



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

un puesto distinto a aquel en el que se produjeron los hechos que dieron lugar a la sanción.

La sanción de destitución implicará la pérdida del puesto de trabajo, con la prohibición de obtener destino en la misma Corporación en la que tuvo lugar la sanción, en el plazo que se fije, con el máximo de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves.

La sanción de suspensión de funciones tendrá una duración máxima de seis años, para las faltas muy graves, y de tres años para las faltas graves.

El **artículo 100** de la Ley, también modificado por la Ley 27/2013, contiene una previsión que merece la pena destacar:

Es competencia de cada Corporación local la selección de los funcionarios con la excepción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional

- **Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril**, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

Los Arts. 158 a 166 del mismo, que dedicaba específicamente a los funcionarios con habilitación de carácter nacional han sido derogados por el EBEP -cuya Disposición Adicional 2ª fue a su vez derogada por la Ley 27/2013- pero en los Arts. 167 y ss. contiene una clasificación de los funcionarios de la administración local que no tienen la condición de habilitados de carácter nacional, distinguiendo entre los funcionarios de Escala de Administración General (que a su vez se subdivide en la Técnica, de Gestión, Administrativa, Auxiliar y Subalterna) y los de la Escala Especial (subdivida, a su vez, en Técnica y de Servicios Especiales). No obstante pese a su derogación resulta conveniente referir lo que establecía el Art. 165 del texto Refundido de régimen local, cuando se ocupa de los funcionarios de habilitación nacional que disponía:

"1. Con independencia de los puestos de trabajo mínimos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional a que se refieren los artículos anteriores, las Corporaciones locales, en los términos que reglamentariamente se determinen por la Administración del Estado, podrán crear otros puestos de trabajo reservados igualmente a funcionarios que posean dicha habilitación, cuya clasificación corresponderá a las Comunidades Autónomas."

- **Decreto 49/2009, de 26 de febrero**, sobre el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los/las funcionarios/as con habilitación de carácter estatal.

Art. 10. 7. Las modificaciones en la clasificación o forma de provisión de puestos de trabajo no afectarán a los destinos de los/as funcionarios/as con habilitación de carácter estatal que los estuviesen desempeñando con carácter definitivo, aunque no pertenezcan a la subescala y categoría correspondiente.

Del contenido de los preceptos que se transcribieron no es difícil de extraer la conclusión de que la reserva de

funciones para los funcionarios con habilitación nacional es ambivalente, esto es de la misma forma que tienen unas determinadas funciones atribuidas con carácter exclusivo de forma que no pueden ser desempeñadas por cualesquiera otros funcionarios (salvo necesidades de cobertura accidental) estos funcionarios deben desarrollar estas funciones y no otras, porque carece de sentido, también desde el punto de vista de optimización de recursos, que funcionarios que habrían de dedicarse a labores de asesoramiento legal y al control financiero y presupuestario se le asignen funciones de gestión administrativa y/o burocráticas.

Por otra parte, también resulta un contrasentido que no pudiendo los ayuntamientos designar a estos funcionarios de habilitación nacional cuando se promueven para desempeñar un puesto propio de su cuerpo o escala, sin embargo puedan hacerlo en el que caso que se promuevan a ocupar un puesto correspondiente a una escala de administración general o técnica.

Tampoco podemos negar que los funcionarios que tienen encomendadas las labores de asesoramiento e intervención pueden tener sobrada capacidad para la realización de tareas burocráticas y de gestión administrativa. Esto en algunos casos puede resultar una obviedad. Pero en el diseño legal parece que lo que se pretende es que los funcionarios realicen las funciones propias de su cuerpo o escala de pertenencia y no otras, pese a que ostenten conocimientos para ello, sin perjuicio de que quepa, mediante convenios de colaboración que se facilite la movilidad interadministrativa de los funcionarios (Art. 84 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). En todo caso resultarían decisiones difíciles de justificar desde el punto de vista de la eficiencia y austeridad, ya que suponen el recurso a funcionarios de más alta cualificación y capacitación cuando las labores que se les van a encomendar son propias de funcionarios de escalas generales o técnicas con niveles inferiores de responsabilidad y requisitos menores de capacitación.

Por último, para terminar este apartado, hemos de advertir que tanto el Ayuntamiento demandado como la codemandada personada señalan que con arreglo al Art. 10.2 de la Ley 30/1984 de Medidas para la reforma de la función pública los puestos de trabajo son de adscripción indistinta, al disponer:

Los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley. Únicamente podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando tal adscripción se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y en tal sentido lo determine el Gobierno a propuesta del Ministro de la Presidencia.

Pero es que en el presente caso estamos precisamente en el supuesto de que las funciones, aunque puedan ser desenvueltas por funcionarios pertenecientes a la Escala de Funcionarios de Habilitación Nacional, resultan atribuibles en exclusiva a los funcionarios de la Administración General de las Entidades Locales lo que, en principio, excluye a



aquéllos, salvo que ostenten la doble condición de funcionarios de habilitación nacional y de alguna de los Cuerpos y/o Escalas de la administración local puedan desenvolverlas. En este sentido, aunque suponga echar mano de una disposición derogada -que antes transcribimos- hemos de notar que el Art. 165 del Real Decreto 781/1986 permitía que las Corporaciones Locales crearan otros puestos reservados a los funcionarios con habilitación nacional, pero ha de notarse que lo que permitía era la creación de puestos con carácter de exclusividad para ellos, pero no a los que pudieran concurrir conjuntamente con los funcionarios de otros cuerpos o escalas, que es lo que aquí ocurre.

En definitiva, la apertura de la provisión de los puestos de trabajo a los cuerpos o escalas de funcionarios de habilitación nacional mediante la modificación de la RPT es una decisión que dada su excepcionalidad y su afectación a la promoción interna de los funcionarios de los cuerpos y escalas que no tienen dicha condición, exigiría una motivación que razone las circunstancias concurrentes que reclaman una decisión como la adoptada incidiendo sobre la idoneidad de los mismos para su cobertura.

SEXTO.- Sobre la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, por no tratar la desviación de poder y el incremento de efectivos que la modificación comporta.

En relación con esta cuestión los recurrentes, después de referir los pronunciamientos del T.C. (St. 204/2009) y de esta Sala sobre el vicio de incongruencia (Sts. 16/abril/2008 y 26/enero/2011) interesa que se dicte sentencia respecto de dichos motivos o, de modo subsidiario, se anule la sentencia con retroacción de actuaciones.

En relación con el vicio de incongruencia conviene que recordemos el criterio del T.C., entre otras, en la St. 152/2015 de 14 de agosto:

"...el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con lo pedido, evitando desajustes o desviaciones entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones". De esta manera, "el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la causa petendi y el petitum" (STC 222/1994, de 18 de julio, FJ 2; 174/2004, 18 de octubre, FJ 3; 194/2005, de 18 de julio, FJ 2; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 1, y 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3).

El aludido desajuste entre las pretensiones formuladas por las partes y el fallo emitido en su respuesta puede dar lugar a una incongruencia denominada omisiva o ex silencio cuando "el órgano judicial deja sin respuesta lo pretendido". Ahora bien, para que este tipo de incongruencia se verifique es necesario, según hemos señalado, que la discrepancia del litigante con la resolución dictada se refiera en verdad a la respuesta judicial otorgada y no a la motivación de la misma, ya que el vicio de incongruencia

requiere, en todo caso, un defecto del fallo o de la parte dispositiva, no de "los fundamentos que la nutren para dar respuesta a las alegaciones de las partes" (STC 36/2006, de 13 de febrero, FJ 1). Es esencial, en este punto, la distinción efectuada en nuestra doctrina entre las meras alegaciones de los litigantes, que sólo pueden afectar a la motivación de la resolución, y las auténticas pretensiones formuladas, que son las únicas que pueden determinar un desajuste del fallo con aquellas -y, por ende, un vicio de incongruencia omisiva- (SSTC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3).

En el presente caso resulta evidente que la sentencia de instancia omitió pronunciarse sobre dos motivos de impugnación esgrimidos por los recurrentes en su demanda, pero la sentencia desestima el recurso, por lo que hemos de concluir que en su caso la parte recurrente debió interesar el complemento de la misma. En cualquier caso, llegados a este trance, en el que por esta Sala se planteó una cuestión de inconstitucionalidad, hemos de convenir que actuaríamos de una forma contraria al principio de economía procesal si devolviéramos las actuaciones al Juzgado de Instancia, previa declaración de nulidad de su sentencia, por lo que optamos por entrar en las dos cuestiones omitidas por la Juzgadora de instancia.

a) Por lo que se refiere al incremento del gasto.

Los recurrentes señalan que la modificación operada supone una vulneración de lo que dispone el Art. 20 y 21 de la Ley 22/2013 por suponer un incremento en las retribuciones del personal y una incorporación de personal a la administración local con independencia de que no se trate de personal de nuevo ingreso, por lo que después de referir las Sts. de esta Sala de 30 de abril y 5 de junio de 2014 (dictadas en relación con el Concello de Santiago de Compostela en los Recursos 267 y 300 de 2012) termina interesando se decrete la nulidad de las resoluciones recurridas, advirtiendo que del expediente resulta la incorporación de funcionarios que hasta ahora desempeñaban su puestos de trabajo en Burela, Arteixo, Consello de Contas, Pedrafita, Pobra o Cerceda.

El ayuntamiento apelado y la codemandada personada oponen a este motivo del recurso que no se trata de creación de puestos, sino que se trata de puestos preexistentes y dotados presupuestariamente, por lo que no resulta de aplicación el criterio fijado por esta Sala en las Sts. referidas por los apelantes.

Ciertamente en aquél caso resolvimos un supuesto que vulneraba la prohibición del incremento de gasto en materia de personal porque se creaban 3 puestos de funcionarios de habilitación nacional, pero que aquél caso fuera extremo no excluye que en el presente caso también se vulnere la normativa de aplicación, habida cuenta que lo que se pretende es que no se incrementen las partidas de personal respecto a las existentes a 31 de diciembre de 2013. En el presente caso el personal experimentará un aumento por lo que la partida necesariamente ha de sufrir la consiguiente subida, pero además tampoco podemos olvidar que aunque no se trate de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

personal de nuevo ingreso sí supone una incorporación a la plantilla municipal, por lo que por las dos circunstancias se vulnera la disposición.

La codemandada, en un último esfuerzo argumentativo, señala que se trataría de integrar a funcionarios que ya venían desarrollando los puestos, pero esta circunstancia tampoco determina la bondad de las resoluciones recurridas habida cuenta de que el proceso de provisión es libre y, solo un flagrante desconocimiento de los principios de mérito y capacidad o una predeterminación de los que habrían de resultar seleccionados -lo que supone un desconocimiento de aquellos principios que habrían de regir la selección- podría determinar que fueran ocupadas por quienes con anterioridad las venían ocupando, a pesar de que el sistema de provisión sea el de libre designación, no cabe condicionar su resultado al tiempo de modificar la RPT o de convocar la provisión. En un sentido similar se pronunció el T.S. en la St. de 9 de marzo de 2015 (Recurso 867/2014) en relación con el acceso a la condición de profesores titulares de Universidad de quienes con anterioridad tenían la condición de laborales al decir:

"...era perfectamente posible que siendo abierta la convocatoria hubiera logrado la plaza quien reuniendo los requisitos necesarios no perteneciera a la Universidad de... La improbabilidad de que esto sucediera no altera la conclusión porque los que se han de considerar son los términos en que se convoca el acceso y las reglas que lo rigen... el Art. 3 del Real Decreto Ley 20/2011 quiere impedir el ingreso de nuevo personal. El alcance de la prohibición se extiende a todas las formas de ingreso y rige, incluso, para los procesos de consolidación de empleo..."

En definitiva, como dijimos en la primera de la Sentencia referida por los apelantes *"... lo fundamental no es que ...el concreto funcionario que ocupe la nueva plaza no sea de nuevo ingreso (de hecho en el artículo 3 del R.D.Ley lo que se prohíbe es la incorporación de nuevo personal, no la de personal de nuevo ingreso) sino que las plazas que han de ocupar dichos funcionarios corresponden a la Administración Local y pertenecen a la plantilla del correspondiente Concello, en este caso de..., que es quien ha de abonar sus retribuciones periódicas a cargo de su presupuesto..."* por lo que también por este motivo el recurso ha de ser estimado.

b) Por lo que se refiere a la desviación de poder.

Los apelantes señalan que existían los siguientes indicios de la existencia de desviación de poder:

- publicación en Prensa de los aspirantes que serían seleccionados.
- 8 de los seleccionados ya venía prestando los servicios en las Jefaturas que se le adjudicaron, lo que refuerza la idea de que estaba predeterminado el resultado.
- 3 de los 4 seleccionados para las Jefaturas convocadas venían desempeñando los puestos de Jefes de Departamento inmediatamente inferiores a

- la Jefatura, por lo que entiende que la convocatoria operó como una suerte de promoción.
- Celeridad en la tramitación de los expedientes
 - La exigua motivación del expediente

Como señala el T.S. en su sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Ref. el derecho 2009/300098):

"...Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico". La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo sobre la concurrencia de ese vicio expresa que el mismo concurre cuando la Administración en el ejercicio de potestades administrativas que le son propias, y no sólo las discrecionales, usa las mismas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, y para apreciarlo ha de desprenderse su existencia de actos comprobados de los que pueda deducirse la intencionalidad desviada hasta formar en el Juzgador la convicción de su concurrencia, teniendo en cuenta el principio de legalidad de los actos administrativos, como presunción iuris tantum de que la Administración actúa siempre de buena fe y con arreglo a Derecho. Por tanto la desviación de poder no exige, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena de su existencia, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable..."

Más recientemente puede leerse en la St. del T.S. de 24 de abril de 2012 (Ref. el derecho 2012/87749) recordando la St. de 5 de octubre de 2011:

«(...) Debe recordarse ante todo que el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución ésta que se realiza siempre en atención al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento. La idea del fin resulta así elemento absolutamente esencial de las potestades administrativas y por ello nada ha de extrañar que normas del más diferente rango vengán refiriéndose al mismo: artículos 106.1º de la Constitución, 83.3º de la Ley Jurisdiccional, 40.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo, y hoy artículo 53.2º de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y no resultará ocioso destacar la muy cuidada expresión de los textos legales que acaban de citarse. Piénsese en el sentido de los verbos "justificar", es el que aparece en la Constitución, y "fijar", es el que utiliza la Ley Jurisdiccional. Sólo el fin perseguido "justifica" una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el "fijado" por el ordenamiento jurídico. Sólo en



atención a un fin se ha atribuido la potestad. Más allá de ese fin no cabe una válida actuación de aquélla. La necesidad de perseguir justamente ese fin en el actuar administrativo es una "regla psicológica" esencial para la Administración. Es claro así que el fin de las potestades administrativas, "fijado" por el ordenamiento jurídico, integra siempre un elemento reglado de aquéllas de suerte que un control de legalidad puede llegar a la apreciación de la desviación de poder sin extralimitarse pues no implica valoraciones de oportunidad. En el mismo sentido ha de entenderse que el control de legalidad incluye el examen del plan a la luz de las exigencias de los principios generales del derecho puesto que éstos al integrar -precisamente en su más íntima esencia- el ordenamiento jurídico quedan plenamente incluidos en el ámbito del principio de legalidad - Sentencia de 18 mayo 1992 -: la Administración no sólo está sujeta a la Ley sino también al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución), es decir a algo distinto de la Ley y que se identifica con los principios, como ya puso de relieve la magistral Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional. Son los principios la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y, así, al informar todo el ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil) y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional resulta claro que la actuación de ésta ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos y más concretamente a las del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) que en lo que ahora importa aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Importa advertir, como se invoca en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1.992 que la desviación de poder es un vicio del acto administrativo para cuya apreciación es necesario comparar dos "fines": por un lado el "general" en cuya contemplación el ordenamiento jurídico atribuye la potestad a la Administración y por otro el que en "concreto" ha perseguido la Administración al dictar el acto cuya legalidad se discute. Y puesto que este vicio exige una indagación en el terreno psicológico que resulta ser de muy difícil prueba, habrá que acudir normalmente a las presunciones que son un juicio lógico por cuya virtud de un hecho "base" se extrae un hecho "consecuencia", exigiéndose que el hecho "base" esté "completamente acreditado" (artículo 1.249 del Código Civil) y que entre el hecho "base" y el hecho "consecuencia" exista "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (artículo 1.253 del ya citado Código).

De estas sentencias resulta que lo que caracteriza el vicio de la desviación de poder es un actuar formalmente conforme a las normas pero que encubre una actuación contraria al ordenamiento, porque se aparta del fin que debiera perseguir. En el presente caso de cuanto llevamos dicho se revela que la actuación administrativa dista mucho de

ajustarse a los parámetros legales, por ello no resulta necesario adentrarse en este último motivo de impugnación esgrimido por los apelantes.

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso no procede su imposición al resultar estimado el recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso

de 7 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de los de A Coruña en el Procedimiento Abreviado número 241/14, por la que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Teniente de Alcalde Delegada de personal del Concello de A Coruña de fecha 24 de septiembre de 2014 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Concello de 28 de julio de 2014, por el que se aprueba una modificación puntual de la Relación de Puestos de Trabajo, la Resolución de la Teniente de Alcalde delegada de personal del Concello de A Coruña de 1 de agosto de 2014 por la que se convoca por el sistema de libre designación siete puestos de Jefe de Servicio así como la Jefatura del Departamento de control financiero y la Resolución del mismo órgano de 14 de agosto del mismo año por la que se convocan por el sistema de libre designación tres puestos de Jefe de Servicio, así como la Jefatura del Servicio de informática municipal, **REVOCANDO LA MIMA Y ANULANDO** las resoluciones recurridas por resultar contrarias al ordenamiento jurídico, la modificación de la RPT en lo relativo a las siguientes Jefaturas de Servicio:

- Jefaturas de Servicio convocadas por Resolución de 1 de agosto de 2014 (BOP 6/8/2014):
 - - de Personal
 - - de Interior
 - - de Presupuestos y de Estudios Económicos
 - - de Movilidad Urbana
 - - de Acción Social
 - - de Gestión Tributaria



- - de Empleo y Empresa.
- Jefatura de departamento de control financiero.
- Jefaturas de Servicios convocadas por la Resolución de 14 de agosto de 2014 (BOP 21/8/2014):
 - - de Innovación y desarrollo tecnológico
 - - de Planeamiento y Gestión de Suelo
 - - de Museos Científicos
 - - de Informática Municipal

sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0291/15), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Julio César Díaz Casales**, al estar celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Primera de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el día de su fecha.- Doy fe.