

Auto de la Sala Tercera de 26 de julio de 2022 (rec.695/2022)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 26/07/2022

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-695/2022

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

Transcrito por: MTP

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 695/ 2022

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 26 de julio de 2022.

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

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito de 11 de julio de 2022 el procurador don Álvaro de Luis Otero, en representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 124, de 25 de mayo de 2022, y, por otro sí digo cuarto, solicita la suspensión de la ejecución de la disposición impugnada, en lo que respecta a la Escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, Secretarios, Interventores y Tesoreros representados por su Corporación y, en virtud de las alegaciones expuestas en dicho escrito, interesa que, tras los trámites oportunos, se dicte auto acordando dicha suspensión durante la tramitación del proceso de impugnación que se inicia con el presente escrito de interposición.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 13 de julio de 2022 se dispuso la formación de pieza separada de medidas cautelares, concediéndose audiencia al Abogado del Estado por plazo de cinco días sobre la suspensión interesada por la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado, en virtud de las alegaciones expuestas en su escrito de 22 de julio siguiente solicitó la denegación de la suspensión de los preceptos impugnados "con los demás pronunciamientos legales".

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *El objeto de la medida cautelar.*

El Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local ha impugnado el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Boletín Oficial del Estado del 25 de mayo).

Este Real Decreto cuenta con un preámbulo en el que explica que trae causa de las previsiones de la Ley 20/2021, indica las plazas incluidas en el proceso de estabilización, las que excepcionalmente podrán ser objeto de concurso y las fechas en que deberán publicarse las convocatorias y en que deberán haber finalizado los

procesos selectivos y los criterios conforme a los cuales deberán resolverse. Además, informa de que la oferta se ha elaborado previa comprobación con los departamentos ministeriales y con las Comunidades Autónomas para la Escala de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional del volumen de empleo temporal susceptible de estabilización. Y que se ajusta a la resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, fruto de la consulta con la Federación Española de Municipios y Provincias y con las organizaciones sindicales más representativas de las Administraciones Públicas.

Consta de cinco artículos dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación (artículo 1); a la aprobación de la oferta de empleo público de estabilización 2022 (artículo 2); a los criterios de aplicación (artículo 3); al personal indefinido no fijo (artículo 4); y a los plazos (artículo 5). Además, incluye dos disposiciones adicionales, la primera sobre la necesidad de dotación previa de las plazas incluidas a su cobertura y la segunda sobre la competencia para la convocatoria de los procesos selectivos de estabilización del personal laboral. Una disposición final sobre la entrada en vigor al día siguiente al de la publicación completa la parte dispositiva.

Este Real Decreto incorpora cinco anexos dedicados, respectivamente, al Nuevo ingreso, con un total de 3.012 plazas (I); al personal de la Administración de Justicia con un total de 4.169 plazas (II); al personal del Ministerio de Educación y Formación Profesional con un total de 320 plazas (III); a las Escalas de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional con un total de 807 plazas (IV), y a las Plazas de Personal Estatutario con un total de 245 plazas (V).

El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo pide la suspensión cautelar del *párrafo segundo del artículo 1 que, refiriéndose al ámbito de aplicación del Real Decreto 408/2022*, dice:

"Asimismo, se incluyen las plazas de la escala de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones citadas en el párrafo anterior".

También pretende la suspensión, en el artículo 2, que aprueba la oferta de empleo público de estabilización 2022, concretamente en su apartado 2 según el cual la distribución de las plazas se realizará conforme a los anexos, de esta expresión: "las de personal de habilitación de carácter nacional".

En fin, solicita el recurrente la suspensión cautelar del Anexo IV, el relativo a las plazas de las Escalas de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

SEGUNDO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) Las alegaciones del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local.

Explican, en primer lugar, que la pretensión del recurso contencioso-administrativo es la declaración de nulidad parcial del Real Decreto 408/2022 por incluir las plazas de la Escala de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Entiende el recurrente que es contraria a Derecho la aplicación a dicha Escala de la oferta de empleo público para la

estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021. Para el escrito de interposición vulnera el principio de jerarquía normativa y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, vulneración determinante, dice, de la nulidad de todos los actos y disposiciones que se dicten en ejecución del Real Decreto.

Adelantan luego dichas alegaciones, las razones --sin perjuicio de las que tras la vista del expediente podrán añadir-- que fundamentarán su demanda. Son las siguientes.

1.º Las especificidades del régimen jurídico de los habilitados nacionales regulado en el *artículo 92 bis de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local* configuran, dicen, un sistema ajeno a la Ley 20/2021 cuyo fin es la estabilización única y exclusivamente en el seno de cada concreta Administración Pública en la que coinciden la competencia para el nombramiento del funcionario de carrera y el ejercicio de la función pública asignada. Esto, indican, no ocurre en el caso de la Escala que representa el recurrente pues en ella no hay interinos que ocupen bajo tal nombramiento una plaza reservada a funcionario de carrera sino que cubren uno de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

2.º El Real Decreto 408/2022, incumpliendo la necesidad de transparencia, no determina qué concretas plazas y de qué entidades locales son las 807 que pretende estabilizar y no parece posible de acuerdo con la Ley que existan plazas cuyas funciones han sido desempeñadas por interinos que produzcan una oferta de 807 habilitaciones, que es lo que corresponde al Estado. Añade que el informe de la Secretaría de Estado de Función Pública, revisado a 2 de junio de 2022, parte de una tesis *contra legem* por desarrollarse de forma ajena a la normativa reguladora básica. Asimismo, apunta que se han incluido 23 plazas de categoría superior de forma arbitraria porque a la categoría superior se accede únicamente por promoción interna. Por esta única razón, prosigue, debería anularse de forma total o, al menos, parcial el proceso respecto de la Secretaría y la Intervención-Tesorería categoría de entrada.

3.º El Real Decreto 408/2022 vulnera la Ley que desarrolla al reservar al concurso-oposición 149 plazas, ignorando el *párrafo segundo del artículo 2.4 de la Ley 20/2021*.

A continuación, el recurrente expone las razones por las que, a su entender, procede la suspensión cautelar de los extremos indicados del Real Decreto 408/2022. Una vez recordado el sentido de la tutela judicial cautelar, precisa que las convocatorias han de publicarse antes del 31 de diciembre de 2022 y los procesos selectivos habrán debido terminar antes del 31 de diciembre de 2024. Y que estos procesos habrán de ser abiertos. Por tanto, buscándose la estabilización de plazas y no de personas, además de quienes ejerzan interinamente funciones reservadas a la Escala podrán presentarse opositores ordinarios o funcionarios de carrera de las Subescala de Secretaría Intervención a las Subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería.

Además, se va a dar la paradoja de que quienes desempeñan las plazas que justifican la estabilización podrán no ocuparlas y, siendo el Real Decreto 408/2022 una disposición general, de prosperar el recurso la regulación nula desaparecería del ordenamiento jurídico y los actos de aplicación quedarían sin cobertura normativa y podrían ser declarados contrarios a Derecho.

Considera, por otra parte, que la suspensión cautelar solicitada no supone un grave perjuicio al interés público ni al de terceros porque: (i) es parcial, no alcanza a todo el Real Decreto; (ii) se mantendría el ejercicio de las funciones reservadas a la Escala que ya se está llevando a cabo en todas las plazas a consolidar; (iii) la exigencia de ejecución no es prioritaria pues es evidente que el recurso estará resuelto antes del 31 de diciembre de 2024 y los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 20/2021 seguramente también: si prosperasen y no hubieran alcanzado firmeza los actos del proceso selectivo éste resultaría nulo y, si no hubiera concluido se haría de peor condición a los aspirantes del País Vasco, ya que si se convocara posteriormente un proceso específico para ellos, ya estarían irremisiblemente en inferioridad de condiciones respecto de los destinos a ocupar por primera vez; (iv) la medida cautelar no vulneraría la Ley 20/2021 pues, si no prosperara el recurso, bastaría con ejecutar el Real Decreto y, si prosperase, caben otras soluciones frente a la temporalidad abusiva, si bien en la Escala que nos ocupa no se ha producido; (v) la suspensión parcial solicitada no supone perjuicio para terceros aspirantes ya que, de acordarse la medida cautelar, podrán presentarse a las ofertas de empleo de 2020, 2021 y 2022 aun por ejecutar.

En cambio, afirma que el interés público se verá perjudicado si, no adoptándose la medida cautelar, se culminara el proceso selectivo y se integraran 807 funcionarios en la Escala y luego fueran estimados los recursos de inconstitucionalidad o este recurso contencioso-administrativo pues los actos de aplicación deberían ser declarados contrarios a Derecho, entre ellos los nombramientos correspondientes. De igual modo, considera que no acordar la suspensión pretendida perjudicará a las entidades locales a las que fueran destinados los aspirantes frustrados. En fin, ve igualmente afectados al resto de los funcionarios de la Escala en sus expectativas profesionales.

B) Las alegaciones del Abogado del Estado.

Nos pide que deneguemos la medida cautelar.

Tras exponer el contenido del Real Decreto 408/2022 y recapitular sobre la doctrina general en materia de medidas cautelares, observa que el recurrente viene a reconocer tácitamente que no existe *periculum in mora* y que admite que no puede jugar aquí la apariencia de buen derecho. Después nos dice que adoptar la medida cautelar pretendida perturbaría gravemente los intereses generales ya que los preceptos impugnados se han dictado en cumplimiento de un mandato legal que fija como fecha límite para que se lleven a cabo los procesos selectivos el 31 de diciembre de 2024, a su vez en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpreta la *Directiva 1999/70/CE*, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Por tanto, subraya, suspender esos preceptos llevaría consigo la segura imposibilidad de cumplir los mandatos legales y la Directiva.

Sostiene, además, que la suspensión cautelar afectaría gravemente a los intereses de terceros: los aspirantes a las 807 plazas de las Subescalas. De ahí, añade, que en el improbable caso de que decidiéramos acoger la pretensión cautelar del recurrente, deberíamos oír a esos aspirantes a las 807 plazas para no vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último, sobre los recursos de inconstitucionalidad contra la *disposición final primera de la Ley 22/2021*, dice que las sentencias que se dicten sobre ellos

tendrán eficacia para el futuro, pero son irrelevantes a efectos del Real Decreto impugnado.

TERCERO.- *El juicio de la Sala. La denegación de la medida cautelar.*

La decisión que nos corresponde tomar debe ser adoptada atendiendo a las pautas que establece la *Ley de la Jurisdicción en sus artículos 129 y 130* y la jurisprudencia que los ha interpretado. Esas pautas principales pueden agruparse distinguiendo, por un lado, las relativas a la preservación de la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo a fin de evitar que se creen situaciones irreversibles antes de que el tribunal resuelva el pleito. Y, por el otro, las relativas a la apariencia de buen derecho que pueda presentar la pretensión de quien pide la cautela. Además, la Sala a la hora de resolver ha de ponderar los intereses en conflicto y considerar si la concesión de la medida entraña o no perturbación grave para los intereses generales o de tercero.

Según se aprecia en el resumen que hemos hecho de las alegaciones del Consejo recurrente, avanza, en primer lugar, las razones por las que, al menos *prima facie*, considera que su posición estaría fundada y luego se ocupa de las de carácter práctico al tiempo que afirma que no padecerán los intereses generales por la suspensión mientras que sí se resentirán, al igual que los de terceros, de no concederse la medida cautelar.

Pues bien, las referencias a la posibilidad de que prosperen los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 20/2021 de la que trae causa el Real Decreto 408/2022 no ofrecen sustento suficiente para adoptar una medida cautelar. Podrán ser estimados o no, pero la sola existencia de recursos de inconstitucionalidad pendientes contra la ley en cuya virtud se dicta un real decreto no es bastante para justificar la suspensión cautelar de éste.

Por otro lado, según constante jurisprudencia, la apariencia de buen derecho solamente de manera muy restringida puede fundamentar una medida cautelar: únicamente cuando sea perceptible a simple vista, *ictu oculi*, la ilegalidad de la disposición o actuación impugnada bien por estar afectada de vicios manifiestos o porque ya se hubiere manifestado previamente el tribunal sobre su disconformidad a Derecho o sobre la de disposiciones o actuaciones semejantes. O, cuando las que son objeto de la pretensión cautelar derivaran de disposiciones declaradas inconstitucionales o nulas.

Este entendimiento restrictivo de la apariencia de buen derecho tiene sentido porque atenderla para adoptar una medida cautelar supone adentrarse en la cuestión de fondo en los momentos iniciales del proceso. Pues bien, está claro que no concurre en este caso ninguno de esos supuestos: ni es perceptible a simple vista la ilegalidad del Real Decreto, ni se encuentra en ninguna de las situaciones que acabamos de mencionar.

Por tanto, la decisión que nos corresponde tomar habrá de fundarse en razones relativas a la preservación de la finalidad legítima del recurso y a que la sentencia que dictemos tenga efectividad. Es decir, debemos considerar si, de no suspender las partes del Real Decreto que nos pide el Consejo recurrente que suspendamos se crearán situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

Los principales argumentos del recurrente a favor de la suspensión descansan,

de un lado, en la duración de este proceso y, de otro, en la posibilidad de que se estime o de que se declare inconstitucional la Ley 20/2021 de tal forma que decaiga la cobertura normativa del Real Decreto 408/2022 cuando ya se hayan celebrado los procesos selectivos y producido nombramientos con las consiguientes consecuencias perjudiciales para todos los afectados a los que alude.

Ya se ha dicho que la pendencia de recursos de inconstitucionalidad no es una circunstancia que sirva para adoptar una medida cautelar. En cambio, está claro que los intereses públicos vinculados a este Real Decreto 408/2022 no son otros que los encarnados en la Ley de la que es desarrollo, intereses generales que, en principio, han de prevalecer sobre los demás. Por otra parte, no nos ha dicho el recurrente que se haya convocado ya algún proceso selectivo de los previstos por el Real Decreto 408/2022 y, en particular, que se hayan convocado los correspondientes a las plazas de la Escala de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Y, aunque **es razonable pensar**, tal como hace el recurrente, que para el 31 de diciembre de 2022, fecha en la que deberán haberse publicado las convocatorias, no se habrá resuelto este proceso, sin embargo, puede afirmarse de forma igualmente razonable que podremos dictar sentencia a principios de 2023. Los plazos previstos por la Ley de la Jurisdicción permiten asegurarlo. De este modo, nos habremos pronunciado sobre la legalidad de los extremos controvertidos por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local del Real Decreto 408/2022 antes de que hayan avanzado esos procedimientos hasta un punto en el que puedan producirse los perjuicios a que alude el recurrente en el supuesto de que nuestra sentencia sea estimatoria.

Así, pues, procede denegar la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción*, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 4 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 600€;. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

Por todo lo dicho,

LA SALA ACUERDA:

(1.º) Denegar la medida cautelar solicitada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local.

(2.º) Condenar en costas al recurrente en los términos del último de los razonamientos jurídicos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.