

Sentencia de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2023 (rec.2733/2021)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 69/2023

Fecha de sentencia: 23/01/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2733/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J. CATALUÑA CON/AD SEC. 4

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2733/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 69/2023

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 23 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 2733/2021 interpuesto por la **GENERALIDAD DE CATALUÑA**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos y el **AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**, representado por el procurador don Vicente Ruigómez Muriedas y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos contra la *sentencia nº 4926/2020, de 26 de noviembre, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de apelación nº 350/2018*, interpuesto frente a la *sentencia nº 133/2018, de 20 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Barcelona en el procedimiento abreviado nº 226/2017*. No han comparecido partes recurridas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Juan Pedro interpuso ante el *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Barcelona el recurso contencioso-administrativo 226/2017* contra la lista definitiva de admitidos y excluidos a la convocatoria para la provisión de 49 plazas de agente de la Guardia Urbana de Barcelona, mediante concurso específico de movilidad interadministrativa de fecha 2 de mayo de 2017 y firmado por el Director de Servicios Jurídicos y Promoción de Recursos Humanos de la Gerencia de Recursos Humanos y Organización del Ayuntamiento de Barcelona.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue desestimado por *sentencia 133/2018, de 20 de junio*.

TERCERO.- Frente a esta sentencia la representación procesal de don Juan Pedro interpuso el recurso de apelación 350/2018 ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que fue estimado por sentencia 4926/2020, de 26 de noviembre*, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"[...] Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Pedro, Policía Foral de Navarra contra la *sentencia número 133/ 18, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Barcelona, declarando la nulidad parcial (conforme a lo establecido en el último fundamento de esta sentencia) del artículo 42 del Decreto Autonómico 233/2002 de Acceso, Promoción y Movilidad de Policías Locales Cataluña, y la nulidad parcial de la lista definitiva de personas aspirantes a ser seleccionadas en virtud de la convocatoria para la selección por movilidad interadministrativa de 49 agentes de la Guardia Urbana publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, con fecha 25 de enero de 2017. Por ello debe de ser*

incluido el Sr. D. Juan Pedro en dicha lista teniendo derecho a la continuación del proceso selectivo con arreglo a derecho. Todo ello sin imposición de costas.[...]"

CUARTO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito tanto por la Generalitat de Catalunya como por el Ayuntamiento de Barcelona, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en sus escritos de preparación el cumplimiento de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala, por *auto de 13 de abril de 2021, tuvo por preparados los recursos con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.*

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la Generalidad de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona como recurrentes, sin que comparecieran partes recurridas, la *Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 8 de junio de 2022* , lo siguiente:

"[...] Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación del Ayuntamiento de Barcelona, así como por la Generalitat de Cataluña contra la *sentencia de fecha 26 de noviembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación 350/2018* .

"Segundo. Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en:

" (i) Determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el *artículo 33.2 LJCA* en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo.

" (ii) Si en un supuesto de movilidad horizontal entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial por el hecho de no estar destinado en la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica.

"Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 33.2 de la LJCA* en relación con el *artículo 218 de la LEC* , los *artículos 148.1.22 en relación con el artículo 149.1.29, el Estatuto de Autonomía de Catalunya, en adelante EAC (artículo 164.1. a) y en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículos 39 y 52), en relación con el artículo 42.1 del Decreto 233/2002, de 25 de septiembre* , los *artículos 78 y 84 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. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex *artículo 90.4 de la LJCA* .[...]"

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la Generalidad de Cataluña evacuó dicho trámite mediante escrito de 27 de julio de 2022 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del *artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), interesó, en esencia, que por esta Sala se dicte sentencia que estime íntegramente el recurso de casación, case y anule la sentencia impugnada en los pronunciamientos relativos a la declaración de la nulidad parcial del *artículo 42.1 del Decreto 233/2002, de 25 de septiembre*, y confirme la resolución administrativa impugnada y que en concreto contenga los pronunciamientos siguientes:

"[...] Que el tribunal de apelación no puede hacer uso de la potestad que otorga el *artículo 33.2 LJCA* para someter nuevos motivos a las partes, ni se puede ampliar el objeto del proceso, ni ampliar pretensiones que no fueron articuladas en la demanda por la parte actora y que en el presente caso ha comportado la declaración de nulidad de un precepto reglamentario, debiendo sujetar su parte dispositiva, en su caso, a la pretensión de la parte actora.

" Que en un supuesto de movilidad horizontal para la provisión de puestos de trabajo de policía local de Cataluña es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial diferente al convocado y que pertenece a la Administración de otra Comunidad Autónoma, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica, bajo el amparo de la normativa legal y constitucional en el marco de un Estado autonómico y conforme al bloque de constitucionalidad. De manera que el *artículo 42.1 del Decreto 233/2002* no es discriminatoria ni atenta contra el *artículo 23.2 CE*, toda vez que nos encontramos ante la manifestación de las competencias autonómicas en la materia y ante la aplicación del principio de autoorganización de los recursos humanos por parte de la Administración convocante.

"Que la movilidad interadministrativa que determina el TREBEP (*artículo 84*) *sirve a los efectos de una mejor eficacia y racionalización en la prestación del servicio público, estando condicionado a un convenio entre Administraciones* y la aprobación de los criterios que permitan las homologaciones para hacer posible la movilidad en régimen de igualdad. [...]"

OCTAVO.- A su vez, la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona evacuó el trámite mediante escrito de 26 de julio de 2022 interesando, en resumen, que se estime el presente recurso, se case y anule la sentencia impugnada, que se confirme la dictada en primera instancia y además se declare que:

"[...] - conforme con lo dispuesto en los *artículos 33.2 LJCA* y *218 de la LEC* el tribunal de apelación debe resolver dentro de los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo, por lo que procede casar la sentencia al haber basado su decisión en motivos no alegados por las partes.

" - Conforme con los *artículos 148.1.22 en relación con el 149.1.29 de la CE* y *164.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya* y con los *artículos 39 y 52 de la LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, en relación con el *artículo 42.1 del Decreto 233/2002, de 25 de setiembre* y los *artículos 78 y 84 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre* TR de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, es factible establecer como requisito en un concurso de

movilidad interadministrativa entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local, pertenecer a un cuerpo policial destinado en la propia comunidad autónoma cuando así se prevea en las bases de la convocatoria y en la propia reglamentación autonómica, en esencia por la territorialidad de la norma autonómica que lo establece. [...]"

NOVENO.- No habiendo comparecido la parte recurrida y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, se declararon concluidas las actuaciones y mediante providencia de 18 de noviembre de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el 17 de enero de 2023, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. Don José Luis Requero Ibáñez que, al no prosperar su ponencia, anunció voto particular, por lo que asumió la ponencia el Excmo. Sr. Don Luis María Díez-Picazo Giménez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos de casación son interpuestos por el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Catalunya contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2020* .

Los antecedentes del asunto son como sigue. El Ayuntamiento de Barcelona hizo una convocatoria para cubrir, mediante movilidad interadministrativa, cuarenta y nueve plazas de la Guardia Urbana. El demandante en la instancia, miembro de la Policía Foral de Navarra, presentó solicitud para participar en dicho proceso selectivo; pero en la lista de admitidos publicada el 11 de abril de 2017 no fue incluido, por no cumplir el requisito de ser funcionario de policía local en alguno de los municipios de Cataluña, miembro de los Mossos d'Esquadra, o miembro de la Guardia Civil o de la Policía Nacional destinado en Cataluña. Dicho requisito aparecía recogido en las bases de la convocatoria.

Disconforme con ello, el solicitante acudió a la vía jurisdiccional, donde su pretensión fue desestimada por *sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Barcelona de 20 de junio de 2018* . Ésta consideró que el demandante no satisfacía el arriba mencionado requisito de las bases de la convocatoria; bases que, además, no habían sido objeto de impugnación.

Interpuesto recurso de apelación, fue estimado por la sentencia que ahora se impugna. Ésta señala que la Base 2.b) de la convocatoria, donde se circunscriben los posibles cuerpos policiales de procedencia a efectos de participar en la provisión de las plazas de la Guardia Urbana barcelonesa mediante movilidad interadministrativa, encuentra su fundamento en el *art. 42.1 del Decreto 233/2002* , regulador del acceso, la promoción y la movilidad de las policías locales de Cataluña. Sentado esto, la sentencia ahora impugnada concluye que el mencionado precepto reglamentario autonómico es ilegal. Esta declaración de ilegalidad se basa, con cita de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en que imponer requisitos más exigentes para la movilidad interadministrativa de funcionarios que para el ingreso inicial en la función pública resulta contrario al principio de igualdad; y ello, por supuesto, siempre que no haya razones objetivas que así lo justifiquen, algo que -siempre según la Sala de apelación- no ocurre en este supuesto. La existencia de requisitos más exigentes vendría dada por el dato de que, para ingresar en las policías locales catalanas, no es preciso residir previamente en Cataluña. A la vista de ello, la sentencia ahora impugnada concluye que la ilegalidad del *art. 42.1 del Decreto 233/2002* arrastra consigo la de la Base 2.b) de la convocatoria.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la *Sección Primera de esta Sala mediante auto de 8 de junio de 2022* , donde dos cuestiones se declaran de interés casacional objetivo: por un lado, determinar si el *art. 33 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* impone un límite a la Sala de apelación, en el sentido de que le impide utilizar razones no discutidas en la instancia ni alegadas por las partes en el recurso de apelación; y, por otro lado, aclarar si en la provisión de plazas mediante movilidad interadministrativa cabe excluir a un funcionario de policía local o autonómica por provenir de otra Comunidad Autónoma.

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación del Ayuntamiento de Barcelona, se señala que la sentencia de la Sala de apelación por la que se declaró ilegal el *art. 42.1 del Decreto 233/2002* no es firme, ya que es objeto del recurso de casación nº 2094/2021, aún no resuelto. Dicho esto, añade que ni en aquel caso ni en éste hubo una impugnación indirecta del mencionado precepto reglamentario autonómico por las partes, por lo que -al declararlo ilegal- la Sala de apelación utilizó un argumento nuevo, infringiendo así el *art. 33 de la Ley Jurisdiccional* .

En cuanto al problema de fondo, el Ayuntamiento de Barcelona sostiene que la sentencia impugnada trata este caso como si fuera de acceso a la función pública, tal como lo demuestra que razona con base en el *art. 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, por más que el tema es de provisión de plazas y, por tanto, atinente a los arts. 78 y siguientes de ese mismo cuerpo legal* . Además, con cita de jurisprudencia constitucional, argumenta que restringir la movilidad interadministrativa en la policía local a funcionarios provenientes de la propia Comunidad Autónoma es una opción objetivamente justificada, que no atenta contra los *arts. 9 , 23 y 106 de la Constitución* .

CUARTO.- En parecidos términos se razona en el escrito de interposición del recurso de casación de la Generalitat de Catalunya.

QUINTO.- El demandante en la instancia y luego apelante no se ha personado en este recurso de casación.

SEXTO.- Abordando ya la primera de las cuestiones planteadas, debe subrayarse que de las actuaciones remitidas resulta que la Sala de apelación acordó oír a las partes acerca de la posible ilegalidad del *art. 42.1 del Decreto 233/2002* , cuya validez podía ser determinante del fallo. Además, dio ocasión a la Generalitat de Catalunya, en su condición de Administración autora del citado precepto reglamentario, de hacer alegaciones al respecto. De todo ello se sigue que no puede decirse que la Sala de apelación resolviera el recurso de apelación sin haber oído a las partes y, desde este punto de vista, ninguna vulneración cabe apreciar del *art. 33 de la Ley Jurisdiccional* .

Por lo demás, sin necesidad de entrar ahora en si la Sala de apelación podría resolver el recurso de apelación por razones distintas de las alegadas y debatidas por las partes o si, por el contrario, ello constituiría una *mutatio libelli* , es lo cierto que en este caso lo que aquélla planteó fue un interrogante sobre la validez de una norma jurídica determinante del fallo. Y esto es algo que, en cualquier grado del proceso, puede y debe hacer el órgano jurisdiccional, porque la validez de las normas jurídicas aplicables no está a la libre disposición de las partes. Así lo demuestra que, tratándose de normas con rango de ley, el órgano jurisdiccional que las considera inválidas debe

plantear cuestión de inconstitucionalidad (*art. 163 de la Constitución*); y, tratándose de normas reglamentarias, debe inaplicarlas (*art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*) o declararlas ilegales con efectos *erga omnes* si tiene competencia para ello (*art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*).

SÉPTIMO.- En cuanto a la cuestión de si en la provisión de plazas mediante movilidad interadministrativa cabe excluir a un funcionario de policía local o autonómica por provenir de otra Comunidad Autónoma, ninguno de los preceptos legales traídos a colación (*art. 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña* , *arts. 39 y 52 de la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* y *arts. 78 y 84 del Estatuto Básico del Empleado Público*) dispone que la movilidad interadministrativa para proveer plazas de policía local deba estar restringida a aquéllos funcionarios provenientes de municipios de la propia Comunidad Autónoma. La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso.

Así, la cuestión queda circunscrita a que la limitación para participar en la convocatoria de movilidad interadministrativa a los funcionarios provenientes de municipios de Cataluña fue impuesta sólo por un precepto reglamentario autonómico. Y no debe pasarse por alto que éste ha sido declarado ilegal, por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es el órgano jurisdiccional con la última palabra en la interpretación del Derecho específicamente autonómico siempre que no contravenga lo dispuesto por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Derecho de la Unión Europea. Por ello, dado que esta Sala no considera que las razones dadas por la Sala de apelación para reputar ilegal el *art. 42.1 del Decreto 233/2002* sean irrazonables, arbitrarias o extravagantes, a esa conclusión debe estarse.

OCTAVO.- Con arreglo al *art. 93 de la Ley Jurisdiccional* , en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Barcelona y la Generalitat de Catalunya contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 2020* , sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ A LA SENTENCIA 69/2023, DE 23 ENERO, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 2733/2021.

Con todo el respeto hacia el parecer mayoritario, al amparo del *artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, formulo voto particular con base en los siguientes razonamientos, voto en parte concurrente y en parte discrepante:

PRIMERO.- VOTO CONCURRENTE.

Estoy de acuerdo con la desestimación del recurso de casación en lo que hace a la aplicación del *artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, el principio de congruencia en relación al recurso de apelación. Comparto lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto, pero advierto que esos razonamientos tienen más sentido en el recurso de casación 2094/2021, resuelto por nuestra sentencia 23/2023, también de 23 de enero, recurso en el que se impugnó la *sentencia de 25 de enero de 2021 de la misma Sala* de apelación.

En efecto, cuando la Sala de apelación dicta *esa segunda sentencia ya había declarado en la sentencia de 26 de noviembre de 2020* -recurrida en esta casación- la nulidad del *artículo 42.1 del Reglamento catalán de Policías Locales, aprobado por Decreto 233/2002, de 25 de septiembre*. Le habría bastado remitirse a esa primera sentencia y a nosotros decir que es correcto inaplicar un reglamento nulo porque ya ha sido declarada su nulidad.

Sin embargo en esta casación el panorama procesal no es el mismo y nuestra sentencia -sin perjuicio de lo que ya razona- debió contemplar la primera cuestión de interés casacional desde la lógica de la impugnación indirecta de las disposiciones generales y de la cuestión de ilegalidad, que es como, procedimentalmente, la Sala de apelación enjuició la legalidad del *artículo 42.1 del Reglamento catalán de Policías Locales, aprobado por Decreto 233/2002, de 25 de septiembre* y le llevó a traer al pleito a la Generalidad de Cataluña porque "*la nulidad ya se intuía en la demanda, sin embargo no era parte la Generalitat de Catalunya, y con ello se le dio la posibilidad de intervenir en este Debate* (sic)...".

Así cuando se trata de la impugnación indirecta de disposiciones generales, con la vigente *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mediante la cuestión de ilegalidad (cfr. artículo 27.1)* cabe ya declarar la nulidad de la disposición que sirve de cobertura del acto que se impugna y que se anula por razón de la nulidad de la disposición de cobertura.

Partimos de que cuando en un recurso indirecto el juez o tribunal aprecia que el acto impugnado es contrario a Derecho por serlo la disposición que le sirve de cobertura, estima el recurso y plantea esa cuestión para que el tribunal competente para conocer de la impugnación directa de esa disposición lo juzgue y, en su caso, declare la nulidad de la disposición general (cfr. *artículo 27.1 de la LJCA*).

Pues bien, a lo razonado en el Fundamento de Derecho Sexto creo que debió añadirse, junto con lo anterior, que tal reenvío es innecesario si es que el tribunal que conoce del recurso indirecto es el competente para conocer de un recurso directo contra la disposición: en ese caso, al tiempo que estima el recurso contra el acto que aplica la disposición general, declara su nulidad (*artículo 27.2 LJCA*). De darse tal circunstancia, si la Administración de la que procede la disposición general no es la autora del acto de aplicación que se impugna y que ha sido parte en el procedimiento, es razonable que a esa otra Administración se la traiga al procedimiento en el que se

ventila indirectamente la legalidad de una disposición de la que es autora y que puede ser declarada nula, con lo que se evita su indefensión.

Así las cosas, el panorama descrito puede darse también en apelación de ahí que no se infrinja el *artículo 33.2 de la LJCA* en relación con la proscripción de la indefensión si la Sala al conocer de ese recurso de apelación advierte que lo que se plantea en el pleito es la eventual ilegalidad de una disposición general de la que es autora una Administración que no ha sido parte en el procedimiento de instancia, de ahí que deba ser llamada en esa segunda instancia. En fin, tal práctica es coherente con el citado precepto así como con el principio de congruencia y es la seguida por esta Sala ya en casación.

SEGUNDO.- VOTO DISCREPANTE SOBRE EL ALCANCE DE LA MOVILIDAD COMO FORMA DE PROVEER PLAZAS DE POLICÍAS MUNICIPALES.

1. En cuanto a la segunda parte que se fijó como cuestión de interés casacional en el auto de admisión, entiendo que los recursos de casación debieron estimarse por las siguientes razones:

1º Partimos de la diferencia, en general, entre el acceso a la función pública, esto es, la adquisición de la condición de funcionario público y las distintas formas de provisión de destinos, ámbito en el que se regula la figura de la movilidad interadministrativa de funcionarios. Tal diferenciación se encuentra en la normativa básica funcionarial como se desprende del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, cuyo Título IV regula la adquisición de la condición de empleado público y la figura de la movilidad interadministrativa se regula en el Capítulo III del Título V, *artículo 84 en relación con los artículos 85.1.c) y 88. Y en el ámbito de la función pública local se deduce del artículo 101, párrafo segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local .*

2º Tratándose de la función pública de Cataluña, su texto refundido en materia de función pública aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, regula en el Capítulo 2 del Título 5 esta movilidad como forma específica de provisión de puestos de trabajo entre quienes ya son funcionarios públicos, lo que también prevé su legislación de régimen local (*artículo 295 del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril*).

3º Respecto de la normativa aplicable a los Cuerpos de Policía Local, Cataluña dictó la Ley 16/1991 con base en el *artículo 148.1.22ª de la Constitución* en relación con la *Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo artículo 52.1* parte de la competencia autonómica para regular el régimen estatutario de los Cuerpos de Policía Local. Esa ley apodera a la Administración catalana para que regule reglamentariamente "el sistema de movilidad horizontal de los Policías locales entre los Cuerpos de las distintas Corporaciones" (disposición transitoria sexta), lo que dio lugar al Reglamento catalán de Policías Locales.

4º La movilidad horizontal exclusivamente entre los que ya son miembros de los Cuerpos de Policía Local, en este caso de Cataluña, es una previsión presente en todas las leyes autonómicas sobre policía local. Sin embargo en Cataluña, aparte de regularse, no por ley, sino por el Reglamento catalán de Policías Locales, su artículo 42.1 abre la movilidad interadministrativa a los funcionarios de carrera "del cuerpo de

los mozos de escuadra y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado destinados en Cataluña".

5º Esa especialidad se advierte ya en otras normas autonómicas posteriores, como la *Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra, que regula tal movilidad como permuta y la prevé entre Policías Locales de Navarra con los "del resto del Estado" (artículo 51, párrafo último)*; y su apartado 3 prevé que "[l]as Administraciones Públicas podrán celebrar convenios para permitir la permuta entre funcionarios de las Policías de Navarra, incluida la Policía Foral, y funcionarios policiales de otras Administraciones autonómicas y locales". En el País Vasco el *artículo 106.1 del texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco*, aprobado por Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, prevé que "[l]os puestos de trabajo de la Ertzaintza y de los Cuerpos de Policía local podrán ser cubiertos indistintamente por funcionarios y funcionarias pertenecientes a cualesquiera de ellos...".

6º De toda esta normativa cabe deducir la competencia de la Generalidad catalana para regular la movilidad como forma de cobertura de plazas de policías locales en los municipios catalanes, lo que se inserta en el principio de territorialidad (cfr. artículos 71.5 y 115 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por tanto, del cuerpo normativo expuesto se desprende tanto la competencia para ordenar el régimen de los Cuerpos de Policía Local de su territorio como que no haya base para exigir que, al ejercer esa competencia y al regular la movilidad interadministrativa, deba abrirla a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de fuera de Cataluña.

Tal posibilidad podrá darse, de ahí la llamada a convenios -en este caso- con otras Comunidades Autónomas tal y como se deduce del inciso final del *artículo 84.1 del EBEP* que se remite a que esa movilidad se concrete "preferentemente mediante convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración".

2. Finalmente advierto que la sentencia objeto de este voto particular confirma unos razonamientos de la sentencia impugnada en los que ha ido más allá de lo ventilado en apelación y esto por lo siguiente:

1º La sentencia impugnada parece olvidar el límite del *artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* pues, si seguimos su literalidad, impone a la Administración autonómica una redacción reglamentaria y declara la nulidad del artículo 42.1 del Reglamento catalán de Policías Locales yendo más allá de lo planteado por el demandante al concluir que ese precepto es nulo para todos los supuestos, de ahí que diga que es nulo "se trate ya de cuerpos de policía local, ya de distintos funcionarios de cuerpos de seguridad de Cataluña, y sustituir dicha exigencia por funcionarios ejercientes en el Estado Español", y esto lo afirma cuando el demandante lo único que pretendía era no ser excluido por ser policía foral navarro.

2º El Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia objeto de este voto discrepante comienza así: "En cuanto a la cuestión de si en la provisión de plazas mediante movilidad interadministrativa cabe excluir a un funcionario de policía local o autonómica por provenir de otra Comunidad Autónoma...". Con esa referencia a la policía local la sentencia lleva su razonamiento al extremo de considerar que a todo policía municipal, de cualquier parte de España, no se le puede impedir concurrir a la provisión de vacantes en cualquier municipio de Cataluña, pero su razonamiento es trasladable al resto de España al fijar un límite: "La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades

Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso".

3º De esta manera la sentencia de la que discrepo lleva lo litigioso también a la improcedencia de excluir a un "funcionario de policía local" de fuera de ese territorio, lo que no cuestionó el demandante, y llega a esa conclusión porque se regula en un reglamento y, además, autonómico. Surge así otra duda: si el reglamento catalán, que regula la movilidad, no puede excluir a los policías locales de fuera de su territorio porque ese reglamento se reputa "contrario a determinados principios constitucionales" según dice la sentencia de la que discrepo, habrá que concluir que todas las leyes autonómicas que así lo prevén también serán contrarias a esos "principios constitucionales" pues lo de menos es el rango de la norma, lo relevante es que sea reglamentaria o con rango de ley, unas y otras serían contrarias a esos principios.

4º Y el silencio de la sentencia de la que discrepo sobre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Cataluña, deja otra incógnita más: si ese silencio es olvido o es que estos sí pueden ser excluidos si no están destinados en Cataluña a diferencia de los policías locales o autonómicos de otras Comunidades Autónomas.

En fin, considero que la sentencia impugnada, y la nuestra que la confirma, han creado una situación de incertidumbre que hasta ahora no había.

3. Por las razones expuestas considero que la segunda parte de la cuestión de interés casacional objetivo debió resolverse en el sentido aquí defendido, estimándose los recursos de casación del Ayuntamiento de Barcelona y de la Generalidad de Cataluña, casando y anulando la sentencia de apelación, sin costas en la segunda instancia.

En Madrid, en la fecha de la sentencia

José Luis Requero Ibáñez