

Procedimiento de municipalización de un servicio público y subrogación de la Administración. Contrato de obras y gastos plurianuales

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa. Profesor del CEF.- (España)
juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Funcionario que acaba de tomar posesión en el puesto de secretario de clase segunda del ayuntamiento de un municipio de 16.000 habitantes.

1. El ayuntamiento ha decidido asumir de manera directa la prestación del servicio de asistencia domiciliaria, perteneciente a la concejalía de servicios sociales, que, anteriormente, estaba siendo realizado por una empresa privada en la que prestaban servicios trabajadores contratados bajo distintas modalidades. Los trabajadores procedentes de la empresa, tanto los que cuentan con contratos de trabajos concertado por tiempo indefinido, como los que cuentan con contrato de trabajo de duración determinada, ¿se integran en el ayuntamiento?

Con independencia de ello señale, en su caso, si el ayuntamiento tenía competencia para esa materia y si fuera posible lo que pretende, respecto al servicio público, qué requisitos serían necesarios.

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición? Razone jurídicamente sus respuestas.

2. El mismo día de su toma de posesión, el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaria sobre el siguiente asunto:

Nota: Este supuesto práctico ha sido el planteado en el tercer ejercicio de las oposiciones de funcionarios de habilitación nacional de la subescala, celebrado en el mes de julio de 2022.

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta administración, en aras de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérense las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.

4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90.000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

Finalmente, siendo el órgano de contratación la Junta de Gobierno Local, por delegación del alcalde, ¿puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación? Razone jurídicamente la respuesta.

Se solicita informe jurídico sobre todos los aspectos jurídicos que se puedan producir y derivar de los supuestos planteados y, en especial, la contestación de las cuestiones realizadas.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se integran en el ayuntamiento los trabajadores, tanto contratados por tiempo indefinido como los temporales, procedentes de la empresa que prestaba el servicio domiciliario?

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición? Razone jurídicamente sus respuestas.

2. El mismo día de su toma de posesión, el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaría sobre el siguiente asunto:

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta administración, en aras

de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérense las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.
4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90.000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

5. ¿Puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación?

Solución

1. ¿Se integran en el ayuntamiento los trabajadores, tanto contratados por tiempo indefinido como los temporales, procedentes de la empresa que prestaba el servicio domiciliario?

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición. Razone jurídicamente sus respuestas.

Analizaremos las siguientes cuestiones:

1. Tema competencial

El relato de hechos señala que la competencia que prestaba ese ayuntamiento, a través de gestión indirecta por una empresa, era la de «asistencia domiciliaria».

El artículo 25.2 e) de la Ley 7/1985 considera como competencia propia de los municipios la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

Por tanto, como no se especifica más en dicho relato de hechos, la competencia podría quedar encuadrada en este supuesto.

Si no fuera así, el artículo 27.2 c) de la Ley 7/1985 considera como materia delegable, tanto por el Estado como por las comunidades autónomas, la «prestación de los servicios sociales».

Finalmente, no hay olvidar que la legislación sectorial, normalmente normas autonómicas, en materia de asistencia domiciliaria dentro de los servicios sociales o similar, puede conceder como competencia propia de los ayuntamientos esta materia.

2. Municipalización o remunicipalización del servicio

Con este nombre se conoce el fenómeno cuando un ayuntamiento decide gestionar directamente un servicio público que con anterioridad venía gestionado de forma indirecta.

Es el artículo 85.2 a) el que se refiere a las modalidades de gestión directa y el 85.2 b) el referido a las formas de gestión indirecta. Por tanto, corresponde a la entidad local decidir la forma de gestión del servicio y el cambio, en su caso, como se ha decidido en el presente caso.

En el artículo 86.1 de la Ley 7/1985 se señala que:

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

En el apartado segundo se hace referencia a los servicios que quedan reservados en favor de las entidades locales, entre los que no se encuentra el de la asistencia domiciliaria a que se refiere el caso.

Por tanto, para la prestación directa de este servicio por parte del ayuntamiento, sobre el que no existe reserva a su favor, deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 97 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido del régimen local.

Sus fases más importantes son:

- a) Acuerdo inicial de la corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.
- b) Redacción por dicha comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la entidad local como ingreso de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.
- c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la corporación, y por plazo no inferior a 30 días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades.
- d) Aprobación del proyecto por el pleno de la entidad local.

3. Necesidad de una regulación más detallada en la normativa de empleo público

Apuntamos que esta cuestión planteada en el supuesto práctico no ha tenido una respuesta indubitada, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, hasta 2022 (con una sentencia del pleno de la Sala de lo Social dictada en un recurso de casación para la unificación de la doctrina a la que, más adelante, se hará referencia). Por ello, enfocamos la respuesta con aportaciones doctrinales y con la transcripción de los aspectos más destacados de la sentencia en cuestión.

Siguiendo a Federico A. Castillo Blanco, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, las inercias mantenidas a lo largo de los últimos 30 años han provocado un sentimiento generalizado, y no sin cierta razón, de que nuestro sistema de organización pública es manifiestamente mejorable y que, en numerosos sectores de actuación administrativa, se produce una sobreactuación innecesaria de distintos niveles de gobierno, bajo múltiples personificaciones. Ello ha sido determinante para que se haya planteado, desde distintas posiciones, la aconsejable reducción de niveles de gobierno y de una muy extendida administración instrumental y empresarial no siempre justificada. La doctrina más solvente y conocedora del empleo público español ha apuntado algunos excesos: de personal, de politización, de protagonismo sindical, de seguridad, de rigidez; y también algunos defectos: de planificación, de carrera profesional y de productividad.

Sin duda parece que el objetivo, a corto plazo, se ha alcanzado al menos parcialmente. Pero no es menos cierto que, aunque en la situación fiscal de los pasados años se pudiera encontrar justificación en cierto grado a las medidas adoptadas, no está de más denunciar que no haya habido más pretensiones, ni de más largo alcance, en las medidas adoptadas.

Los argumentos y las medidas habitualmente utilizadas que se están ofreciendo para abordar esos procesos de reestructuración del sector público, englobadas bajo una más genérica de conseguir una Administración más ágil y eficiente que responda más adecuadamente a las necesidades de los ciudadanos, se están apoyando en distintos vértices para reducir los desequilibrios patrimoniales y, al mismo tiempo, mejorar los servicios públicos. Otra cosa es que se consiga y es que, como se ha puesto de relieve por algunos autores, el perfil de las empresas públicas no obedece a un mismo patrón ni realizan las mismas funciones y, en la actualidad, la mayoría de ellas prestan servicios públicos cuya existencia, ya se presten de forma directa o indirecta, se externalicen o no, habrá de mantenerse en la mayoría de los supuestos, con lo que el efecto de su supresión será más relativo de lo que puede suponerse en un primer acercamiento.

Entre estas medidas de reestructuración del sector público, y de signo contrario a la externalización de servicios públicos, se encuentra la (re)municipalización de servicios públicos, pero esta, a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de servicios públicos, en lo atinente a su impacto sobre el personal, está carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial, cuya exigencia se hace evidente a tenor de lo expuesto en este trabajo y la enorme confusión e inseguridad que se genera con este vacío normativo.

Precisamente, por ello, parece que es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación con la prestación de los servicios en el sector público que, a buen seguro, deberían ser puestos en valor en el desarrollo legislativo del EBEP, o en una eventual modificación de este de mayor alcance que la acontecida hasta ahora, limitada a un texto refundido. La opción, simple y desafortunada, como está aconteciendo, de aplicar reiteradamente normas alejadas de las características singulares que el empleo público presenta no es la mejor solución y los supuestos de integración y desvinculación, tanto de personal funcionario como laboral, merecen una más adecuada respuesta.

Y es que la inexistencia de previsiones normativas específicas sobre la singularidad del sector público en estos procesos es determinante para la aplicación sin más de la normativa laboral ordinaria, que ya hemos visto que también es insuficiente, con las consecuencias ya apuntadas. A nuestro juicio, una reforma del EBEP en estos aspectos –dada la naturaleza especial de las relaciones laborales en el sector público– hubiera sido una buena opción para regularizar las distintas situaciones que se producen y no dejar a la labor creativa, aunque meritoria, de la jurisprudencia dicha función.

La reforma estructural del empleo público, y con este de las instituciones claves para mejorar su eficiencia, es algo que no se puede ni se debe demorar más si, junto a atender las aparentes urgencias que se han presentado en estos años, pretendemos abordar la siempre relegada tarea de establecer un marco de relaciones laborales en el sector público acorde con las necesidades del país que no puede basarse simplemente, y hoy lo vemos como una obviedad, en la esperanza del crecimiento indefinido. La sostenibilidad del cre-

cimiento será una clave ineludible para nuestro sector público en los siguientes años, pero también debemos tener presente que esa tarea no puede ni debe afrontarse, en forma exclusiva, con el ajuste lineal, cuantitativo, que no cualitativo, y uniforme de la estructura del sector público y de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

4. Fondo del asunto. Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

El artículo 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que:

En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

En relación con la integración en la Administración de los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, la situación, al menos así lo ha concluido alguna jurisprudencia, habría de ser la del denominado personal indefinido no fijo, pero no de personal fijo, tal cual se entiende en el derecho laboral ordinario. Y es que, para dicha jurisprudencia, de la que es representativa la STSJ de Castilla y León, de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1693/2011), que apela al sentido funcional antes aludido, hay que considerar que:

Sin que a tales efectos tenga ninguna relevancia que dicha empresa sea una Administración pública y ello con independencia de que los trabajadores así integrados en la misma, al no haber pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, solamente puedan ser considerados en el seno de la misma como «indefinidos no fijos», con las consecuencias previstas en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, esto es, ello no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, y el trabajador indefinido no fijo continuara desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

La figura del trabajador indefinido no fijo siempre ha resultado un poco confusa. En la actualidad, los empleados públicos se dividen en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y también eventual,

según el artículo 8 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). En 1996 se creó la figura del trabajador indefinido no fijo en la Administración, debido a una jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Su objetivo era eliminar los fraudes que tenían lugar en la Administración pública cuando contrataban personal temporal.

La contratación de un trabajador indefinido no fijo nace de la necesidad de adaptar sus condiciones a los principios de mérito, publicidad, capacidad e igualdad. No es un empleado público, pero tampoco un trabajador fijo o temporal. Los trabajadores no fijos cuentan con garantías de conservar su puesto de trabajo y están siempre protegidos jurídicamente.

Un trabajador de la Administración pública puede reclamar su condición de indefinido no fijo siempre que exista fraude de ley en su contratación temporal. Para que el trabajador pueda reclamar la condición de trabajador indefinido no fijo debe darse alguna de estas situaciones:

1. En el caso de que se hayan superado los límites temporales de los contratos por servicio o por obra, ya que estos no pueden tener una duración de más de 3 años. Además, estos contratos solo pueden ser ampliados hasta 12 meses más a través del convenio colectivo.
2. Cuando se hayan encadenado dos o más contratos y se haya estado contratado por más de 24 meses en un lapso de 30 meses.
3. Si se ha tenido un contrato por servicio u obra, pero no se indicaba la causa temporal del contrato o en el caso de que esté mal indicada.
4. También se puede reclamar la condición de indefinido no fijo si se ha seguido prestando servicios después de haber terminado el plazo o la razón del contrato temporal.

Los requisitos para que un trabajador sea considerado indefinido no fijo de la Administración pública son dos:

- El primero, que exista una necesidad estructural que no haya sido reconocida de forma oficial por la misma
- Y segundo, que, además, haya sido cubierta mediante contratos y nombramientos temporales en fraude.

Si se dan estos dos requisitos, el juez obligará al organismo de la Administración pública a crear la plaza que corresponde y a vincular al indefinido no fijo a esa plaza.

Cuando una plaza reconocida a nivel estructural no se haya cubierto en más de 3 años, el juez tendrá que vincular directamente al trabajador indefinido no fijo por sentencia judicial con la plaza existente. Esto garantiza la estabilización de indefinidos no fijos por sentencia y crea un marco de seguridad para estos trabajadores.

A estos se equiparaba a los trabajadores fijos de una empresa cuando se producía una subrogación por parte de la Administración, como consecuencia de una recuperación para la gestión de un servicio público que se venía gestionando, de forma indirecta, por una empresa.

Sin embargo, recientemente, el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 28 de enero de 2022, rec. núm. 3781/2020 y res. núm. 85/2022 (Norma CEF NSJ063582), resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, unifica la doctrina y declara que cuando una Administración pública se subroga en un contrato de trabajo de carácter indefinido ha de mantener esa condición, y no aplicar la categoría de personal indefinido no fijo.

El asunto consistió en que 2017, el Ayuntamiento de Pamplona decidió remunicipalizar el servicio de asistencia domiciliaria, que siendo de titularidad municipal, hasta entonces estaba siendo gestionado por una empresa privada. Por este motivo la plantilla fue subrogada e incorporada a la del ayuntamiento «como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización», tal como se comunicó a las trabajadoras, y en aplicación de la doctrina que hasta ese momento se venía empleando en estos procesos.

Pero una trabajadora recurrió, reclamando la fijeza en su relación laboral, y un juzgado de lo social le dio la razón, al considerar que «la demandante, en virtud de sucesión empresarial, ostenta la cualidad de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona». Recurrida la sentencia por el ayuntamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra le dio la razón y revocó la sentencia citada. Pero un nuevo recurso de la trabajadora, en ese caso de casación ante el Tribunal Supremo (TS), ha desencadenado la convocatoria del pleno de la Sala de lo Social del citado tribunal, que ha dictado sentencia favorable a la trabajadora, y de paso unifica doctrina.

La misma sentencia del Tribunal Supremo afirma que «se discute si la trabajadora de una empresa privada, cuando pasa a tener como empleador al ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo (PINF)».

El origen de este debate está en la posible contradicción entre la legislación laboral (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) y la legislación que regula las condiciones de acceso al empleo público con respeto a los principios de «igualdad, mérito y capacidad», por medio de procesos selectivos u oposiciones. Ante esta posible contradicción y vacío legal, los tribunales habían creado la figura del personal indefinido no fijo (PINF), que hasta ahora había permitido la incorporación de los trabajadores de la empresa privada al sector público, cuando este vuelve a gestionarse directamente por quien ostenta su titularidad, pero con carácter de «no fijo».

La falta de regulación clara de estos procesos en la legislación española ha sido suplida por directivas de la Unión Europea y sentencias de los tribunales europeos, que son las que han llevado al Tribunal Supremo a la sentencia que estamos comentando.

Así, la sentencia afirma que

la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, se ocupa de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad [...] con objeto de proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.

[...] que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que el nuevo empleador sea (como en el caso de Pamplona) un ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa.

A continuación, nos adentramos en la sentencia citada, y lo hacemos literalmente y en profundidad, porque es la manera más clara de entender la cuestión planteada:

1. Evolución doctrinal.

A) Inicialmente la doctrina de esta Sala ha vinculado el trabajo del PINF (personal indefinido no fijo) a un concreto puesto de trabajo. Fiel exponente de ello es la STS 3 mayo 2006 (rec. 1819/2015) sobre si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo y que se encuentra legalmente en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria.

B) También hay que recordar las obligaciones que pesan sobre la entidad empleadora cuando surge esta figura que, aunque posea denominación propia o mención legal, no es sino el reflejo de una previa anomalía. Así, por ejemplo, en numerosas ocasiones (por todas SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/1997 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997) se dice:

El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de estas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes, al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo.

C) La construcción en estudio implica que el contrato laboral se considera contrario a Derecho desde la perspectiva de su temporalidad. De ahí surge una importan-

te consecuencia: la entidad empleadora debe proveer la plaza ocupada a través de los cauces pertinentes; en caso contrario, debiera proceder a su amortización. Cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada, mayor es el incumplimiento del empleador. La STS 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), resume esa idea:

El organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo –lo que en el caso de discontinuos contratados con la plantilla completa, como ocurre en este caso, se reconducen a la posibilidad de acordar su ampliación– y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

D) Durante una larga etapa la doctrina vino asimilando su régimen jurídico al de las interinidades por vacante. Sin embargo, lo cierto es que en esta modalidad contractual hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse, mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Estas consideraciones han hecho que nuestra doctrina avance en varias direcciones: abandonando la construcción de la condición resolutoria, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas por PINF, reconociendo el derecho a indemnización cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la ha obtenido tras las pertinentes pruebas y admitiendo cierta flexibilidad funcional o movilidad interna.

E) En esta dirección, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013, Universidad Politécnica) proclama expresamente el cambio de doctrina respecto de lo sostenido hasta el momento y expone lo siguiente:

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del RD 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del EBEP).

F) La STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) aborda la validez de una convocatoria de traslados que excluye al personal indefinido no fijo, pese a que en el convenio colectivo nada se dispone al respecto:

La diferencia pues entre «indefinido no fijo» y «fijo» puede estar, en su caso –se insiste– en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la

vigencia del vínculo, el trabajador «indefinido no fijo» no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección –y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria– resulta sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los denominados trabajadores «indefinidos no fijos».

G) Asimismo, en esa línea crítica hacia algunos contornos originarios de la categoría en estudio, la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) examina el alcance de una convocatoria de cobertura desplazas y explica lo siguiente:

No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no solo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual solo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo.

Y, ciertamente, llegados a este punto, las circunstancias en que se inserta el litigio permiten sostener que, dada la referencia genérica en la convocatoria, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la actora quedaba claramente afectado. No podemos afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora.

H) La STS (Pleno) 352/2018 de 2 abril (rec. 27/2017; Amaya) reconoce el derecho de este colectivo a la promoción interna, en igualdad de condiciones con el personal fijo.

2. Consideraciones específicas.

A) Siguiendo lo expuesto por la última de las sentencias mencionadas, en el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.

En particular, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) contiene un criterio favorable a que el indefinido no fijo participe en concursos de movilidad interna y la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) advierte que estas personas pueden no estar adscritas a una plaza concreta.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y necesaria. La desvinculación (o la

vinculación) solo puede apreciarse respecto de los concretos casos suscitados. En tal análisis, por descontado, juega un papel relevante la causa o motivo por la que el contrato laboral deba considerarse como indefinido no fijo; no es lo mismo una contratación temporal más allá de las previsiones normativas que una desnaturalización del contrato como consecuencia de la actividad desarrollada, por ejemplificar.

C) No es necesario adoptar una tesis pura acerca de si el carácter indefinido se debe predicar de la plaza desempeñada (criterio orgánico) o de la propia persona (criterio subjetivo).

Si bien se piensa, la temporalidad que nuestras leyes regulan (y admiten) va referida al negocio jurídico que discurre entre empleador y empleado. Es el contrato de trabajo temporal el que se desnaturaliza y transforma en uno de duración indefinida cuando se incumplen determinadas exigencias normativas, no el puesto de trabajo, ni la persona afectada; por descontado, esa novación posee efectos reflejos en la organización empresarial (la RTP) y en quien presta su actividad (el trabajador, que también puede lucir su condición de «indefinido no fijo»). Lo mismo cabe decir respecto de otras eventuales causas por las que se acceda a la cualidad de referencia, comenzando por la contratación originariamente fraudulenta.

3. Conclusión parcial sobre nuestra doctrina.

De cuanto antecede cabe concluir que la figura del PINF ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). Es necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso.

CUARTO.- Criterio acogido por la Sala.

Sobre la base recién expuesta vamos a responder a la cuestión suscitada y a resolver el debate en los mismos términos que lo hizo la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. A ello nos conduce un doble razonamiento.

El principal: que tanto el propio concepto de subrogación cuanto su regulación, inclusive al amparo de normas de la Unión Europea, exigen que el nuevo empleador se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición. A ello vamos a dedicar el fundamento quinto de esta sentencia.

El segundo, que la categoría de PINF es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando determinados principios. Lo explicaremos en el fundamento sexto.

A esos dos principales puede añadirse, como complemento, alguna apoyatura adicional, reseñada en el fundamento séptimo.

QUINTO.- Alcance de la «subrogación» respecto de la modalidad contractual previa.

1. Alcance del artículo 44.1 ET.

A) Constituye un presupuesto pacífico del problema el que entre la mercantil empleadora (Servisar SS. Sociales SL) y la Corporación Pública (Ayuntamiento de Pamplona) ha existido una transmisión de unidad productiva autónoma, lo que el artículo 44.2 ET viene definiendo como «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

Como consecuencia de ello, no se extingue la relación laboral «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales» (art. 44.1 ET).

B) Como hemos recordado en la STS (Pleno) 402/2018 de 17 abril (rcud. 78/2016; Seda Solubles SL), la actual regulación del art. 44 ET fue obra de la Ley 12/2001, de 9 julio, que ha sido la encargada de introducir las modificaciones necesarias para adaptar nuestras disposiciones a la Directiva 98/50/CEE, y en concreto de transponer la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, derogatoria de las directivas anteriores sobre la materia [la 98/50 y su antecedente modificado, la Directiva 77/187/CEE].

C) La STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016; Cleanet Empresarial SL) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el presente para concordarla con la del TJUE. En consecuencia, declara que «el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación» del régimen jurídico previsto por el artículo 44 ET para la subrogación empresarial.

Viene lo anterior a significar que el régimen subrogatorio debe considerarse como un conjunto de previsiones y que no es admisible su fragmentación, ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva deriva de la norma que pretende parcelar esa regulación y aplicar solo una parte de la misma.

D) Con cita de abundante doctrina, la STS 78/2021, de 21 enero (rcud. 47/2019) recuerda que para determinar el alcance del artículo 44.1 ET venimos atendiendo a su finalidad: favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior. «La empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente respecto de los concretos trabajadores afectados por el cambio empresarial sin que ello se altere por el mero hecho de que dicha situación opere sobre una unidad productiva autónoma y sobre la mayoría o la totalidad de los que a ella estén adscritos».

E) Del artículo 44.1 ET no deriva un mandato directo y explícito para que la trabajadora demandante mantenga la condición de fija, pero sí una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador.

2. Alcance de la Directiva 2001/23.

A) La ya mencionada Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, se ocupa de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Como manifiesta el texto introductorio, tiene como objeto «proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos» (considerando 3 de la Directiva 2001/23; y STJUE 16/octubre/2008, asunto Kirtruna, SL, ap. 43), de manera que «el cedente continúe siendo, después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha» (SSTJUE 14/Noviembre/1996, asunto Rotsart de Hertaing, ap. 23; y 26/mayo/2005, asunto C-478/03, ap. 40 [NormaCEF NSJ017117]).

B) Interesa advertir que la norma es aplicable «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva».

De este modo, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que el nuevo empleador sea (como en el caso de Pamplona) un ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa (STJUE 20 de julio de 2017, Píscarreta Ricardo, C-416/16 [NormaCEF NSJ056696]).

C) Como es lógico, el mantenimiento de los derechos de las personas afectadas aparece plasmado de manera clara; el artículo 3.1 dispone que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso».

Debe recalcar que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión (STJUE de 6 de abril de 2017, Unión, C-336/15).

3. La doctrina Correia Moreira.

A) Especial significado posee para el tema debatido la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira [NormaCEF NSJ059936]) que aparece invocada constan-

temente a lo largo de este procedimiento, comenzando por la propia demanda que lo activó.

Para valorar esa decisión interesa recordar que la trabajadora del caso, ocupando un puesto «de confianza» en la empresa cedente (Parque Ferial de Portimao) es asumida por el ayuntamiento. Pero, aplicando al caso la legislación portuguesa: 1.º exige que la trabajadora se someta a un procedimiento público de selección; 2.º contempla el surgimiento de un nuevo vínculo (no se mantiene el anterior); 3.º su eventual integración en la función pública supondría una disminución de su salario durante un periodo de al menos diez años.

B) La STJUE examinada considera que esa situación es incompatible con la Directiva. Subraya que las consecuencias descritas, por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, de una persona como la demandante en el litigio principal y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión.

C) El respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito.

D) En su parte dispositiva concluye que la Directiva 2001/23 (en relación con el artículo 4.2 TUE) «se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario».

4. Conclusión.

De cuanto hemos expuesto resulta que cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes. No es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección.

Las posibles dudas existentes han sido despejadas por la STJUE 13 junio 2019, no porque se trate de un supuesto igual al presente, sino porque advierte que va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario.

La invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva.

SEXTO.- Disfunciones derivadas de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos.

A) Hay un par de poderosas razones por las que no consideramos acertada la aplicación de la condición de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración pública.

B) En primer término, la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras.

Como hemos recordado (fundamento tercero), el origen de esta construcción se halla en la necesidad de conciliar las consecuencias de los incumplimientos en materia de temporalidad (acceso a la fijeza) con las exigencias constitucionales sobre acceso a la función pública. La desnaturalización del tipo de contrato existente (temporal) y su acceso a otra categoría (indefinido) aparece como una consecuencia favorable para la persona afectada. La «no fijeza» matiza esa consecuencia, pero juega en favor de una mejora de la posición jurídica mantenida por quien trabaja.

Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF. La Sra. Dulce prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, por lo que alteración acogida por la sentencia recurrida menoscaba su posición. La «no fijeza» viene a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza.

La condición de PINF surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio.

C) En segundo lugar, la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal.

Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

La «interpretación conforme» de nuestro ordenamiento, para concordarlo con las exigencias derivadas de la primacía del Derecho eurocomunitario (art. 4 bis LOPJ), está ahora en juego.

D) Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público.

Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente.

SÉPTIMO.- Consideraciones adicionales.

Las dos líneas argumentales que preceden abocan a la estimación del recurso: ello no obstante, conviene que reforcemos esa conclusión con un par de consideraciones adicionales.

1. Acceso originario o derivado al empleo público.

Como queda explicado (fundamento primero, apartado 1) no estamos ante un tema de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En este sentido, la STC 25/2005 (Ikastolas) en la que las partes hicieron invocación del art. 103 de la CE y los principios de acceso al empleo público posee unas reflexiones que, indirectamente, concuerdan con el resultado a que accedemos:

En el marco de esa situación de tránsito, el legislador autonómico no podía dejar de atender a las exigencias derivadas de las previsiones normativas generales en materia de sucesión de empresas, toda vez que la publicación de las ikastolas implica un cambio de titularidad de un centro de trabajo, con el que no quedan extinguidas las relaciones laborales preexistentes, subrogándose necesariamente la Administración pública en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior titular privado (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Como quiera que, por lo que hace al personal no docente que desempeñaba funciones de mantenimiento, conservación y vigilancia, la competencia pública implicada es la propia de las corporaciones locales –por así resultar de lo dispuesto en la legislación educativa, básica y de desarrollo, de la que aquí no se ha hecho cuestión–, no podía la comunidad autónoma asumir esa concreta responsabilidad, sino solo residenciarla en su titular propio, imponiendo así a los ayuntamientos la obligación de integrar en sus plantillas un personal al que la legislación laboral aplicable exige convertir, en virtud de la subrogación, en personal público, no funcionario, como en el caso debatido en el proceso *a quo*.

[...] Por lo demás, el sacrificio de la autonomía se ciñe a los términos estrictamente necesarios para dar satisfacción a esos intereses concurrentes, pues una vez asegurada la integración de los trabajadores en las plantillas municipales (con lo que se facilita el cumplimiento de aquel designio autonómico y se garantiza, al tiempo, el derecho de los trabajadores a la continuidad en su trabajo), las corporaciones ven asegurada su competencia para decidir la forma de gestión de los servicios públicos asumidos y salvada en todo caso su capacidad para adaptar posteriormente sus plantillas laborales y redistribuir sus efectivos en función de las propias necesidades generales y de planificación, sin injerencia alguna del poder de disposición de terceros, más allá de lo que resulte en cada caso de la legislación básica y sectorial correspondiente».

Es decir, el máximo intérprete de nuestra norma fundamental, bien que en el marco de un debate acerca del alcance de las competencias de la comunidad autónoma,

no solo admite que la subrogación comporta integración del personal afectado en el organigrama de la Administración cesionaria, sino que lo considera una consecuencia ineludible, sin someterla a restricción especial.

2. Ley de Contratos del Sector Público.

El art. 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que «en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Por razones cronológicas la norma es inaplicable, pero su contenido refuerza la coherencia del resultado a que llegamos. Si la norma más específica que nuestro ordenamiento posee carece de restricción acerca del modo en que opera la subrogación, al margen de que no pudiera oponerse lo contrario frente a la necesidad de realizar una interpretación acorde con la Directiva, bien puede deducirse que la ausencia de diferencia es porque el legislador no la considera existente.

3. Legislación impropriamente presupuestaria.

La DA 26.^a de la Ley 3/2017, de 27 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, ya aludida (fundamento tercero, *in initio*), contemplaba el caso de «trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate», prescribiendo que no pueden considerarse empleados públicos del artículo 8 EBEP. Este precepto alude, en su apartado 2 c), a la figura del «Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal».

La norma añadía, sin embargo, que a esos colectivos «le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral». Pero este inciso fue suprimido por la DF 42.^a Uno de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Con independencia de la eficacia que esta supresión pudiera tener y de sus consecuencias, lo cierto es que la subrogación que genera el problema examinado tuvo efectos en marzo de 2017, antes, por tanto, de que se promulgaran las dos Leyes de Presupuestos en liza. En todo caso, digamos que no alteraría el resultado de nuestra reflexión, habida cuenta de la necesidad de acomodar la interpretación de los preceptos internos a las expuestas exigencias y a que la STC de 122/2018, de 31 de octubre de 2018 declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones de la DA 26.^a en la parte referida al personal de que venimos hablando, además de la expuesta al inicio del fundamento tercero.

OCTAVO.- Resolución.

1. Fijación de la doctrina unificada.

A la vista de cuanto antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones albergadas en anteriores sentencias, en las que no se debatía frontalmente la presente cuestión: es el caso, por ejemplo, de la STS 619/2021, de 10 junio (rcud. 4926/2018).

La conclusión del Tribunal Supremo

El razonamiento principal en que se basaba la primera sentencia del Juzgado de lo Social, y que el Tribunal Supremo confirma, está en el hecho de que cuando se produce una subrogación, se debe hacer con los mismos derechos de la relación laboral de origen, y si hay una relación de fijeza, no se puede reducir con una nueva relación indefinida no fija, que supone una merma clara en los derechos de la trabajadora, en este caso.

Así de claro lo deja la sentencia que aclara la diferencia de si la relación precedente es temporal o de fijeza «para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal (la aplicación del PINF) se trata de situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente».

Por ello la sentencia expresa textualmente que «cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes. No es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección».

Y continúa que «las posibles dudas existentes han sido despejadas por la STJUE 13 junio 2019, no porque se trate de un supuesto igual al presente, sino porque advierte que va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario».

Como la legislación europea está por encima de la legislación española en esta materia, la citada sentencia deja claro que la Constitución española (CE) no puede invalidar esta conclusión, afirmando que «la invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a

las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 de la CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva».

Fijación de la doctrina unificada

A la vista de cuanto antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE.

Esto significaría que en los procesos selectivos que convoquen las Administraciones no podrán incluirse las plazas que estén ocupadas por personal subrogado fijo.

La sentencia no cierra todas las casuísticas que puedan derivarse de la misma, como los casos anteriores a la misma, o los posibles procesos selectivos en curso para proveer plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos. No obstante, al tratarse de una interpretación de la legislación vigente por parte del Tribunal Supremo, y no de una nueva disposición legal, posiblemente pudiera aplicarse con claridad a situaciones anteriores.

Sí entra en el posible fraude de contrataciones fijas en la empresa original cuando se prevea un proceso de reversión del servicio a la Administración titular del mismo. Y así de explícito se manifiesta: «cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera».

También se pronuncia sobre posibles consecuencias de la nueva relación laboral en la entidad pública, acotando la misma: «La solución que hemos dado pacifica el conflicto actualmente existente. Sin embargo, conviene advertir que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así».

De esta manera se pone coto a que esta incorporación por subrogación pudiera convertirse en un mecanismo de acceso a la función pública con efectos ilimitados. Así lo aclara: «La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino

funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar».

De todo lo anterior, se plasma la seguridad jurídica que respalda las opciones político-sociales en favor de la reversión de la gestión en aquellos servicios públicos en los cuales estuviera privatizada. Asimismo, permite dejar a un lado el argumento esgrimido en ocasiones por diferentes actores que intervienen en estos procesos, actores políticos, sindicales, empresariales y, en ocasiones, mediáticos y jurídicos.

Trabajadores con contrato laboral temporal

Si esto ha indicado la referida sentencia respecto a los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, respecto a los trabajadores con contrato laboral la Administración se subrogará, en las mismas condiciones, que el primitivo empresario respecto a ellos.

2. El mismo día de su toma de posesión el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaría sobre el siguiente asunto:

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta Administración, en aras de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

1. Fundamento

Varios aspectos son de destacar:

A) La Constitución española (1978) contiene, en su título VIII, la organización territorial del Estado, el cual dispone el listado de competencias que son exclusivas de este, y las que las comunidades autónomas, con base en una ley marco, han ido asumiendo a lo largo del tiempo. Respecto a las entidades locales la Constitución guarda silencio, quedando definidas de forma básica en la Ley 7/1985, de bases de régimen local (LBRL).

La autonomía local deberá circunscribirse dentro de los límites que imponga la ley, desde la especial condición de los entes locales, respetando, eso sí, el equilibrio en la previsión de derechos y obligaciones de la ciudadanía, siendo que la potestad reglamentaria reconocida legalmente a los entes locales (art. 4.1.a LBRL) deba leerse observando lo dispuesto res-

pecto de la autonomía local recogida especialmente en el artículo 140 de la CE junto con la Carta Europea de Autonomía Local, implicando aquellos ámbitos competenciales que deben ser necesariamente ejercidos por los municipios.

B) El Reglamento orgánico de las corporaciones locales es el resultado del ejercicio de su potestad reglamentaria y constituye la manifestación más importante de la capacidad de autoorganización de los mismos.

El Reglamento orgánico regula el funcionamiento interno de cada entidad, si bien con sujeción a lo dispuesto en las normas estatales y autonómicas dictadas de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias.

Por tanto, es competencia del ayuntamiento la modificación del Reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta Administración.

Ahora bien, es de significar que en muchas poblaciones españolas es una ordenanza municipal la que regula esta cuestión, donde se mezclan cuestiones de autoorganización y del derecho de información de los ciudadanos, amén de otros derechos como el derecho al honor y a la intimidad personal, recogido en el artículo 18 de la Constitución, pareciendo más conveniente la aprobación de una ordenanza para ello, porque parece que esta cuestión excede de la mera organización municipal.

C) Por otra parte, el artículo 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, establece que «las sesiones del Pleno de las Corporaciones Locales son públicas, salvo en aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta». Es decir, se debe declarar por mayoría absoluta de los miembros electos el secreto del debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de determinadas personas.

Por su parte, el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) señala que:

Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105 b), de la Constitución Española. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas deberá verificarse mediante resolución motivada.

D) Por su parte, los artículos 109 y 110 de la Ley 7/1985 se refieren a las actas en cuanto a su obligatoriedad, su contenido, etc., y los artículos 197 y 198 del ROF al libro de actas.

Y el artículo 3.2 d) del Real Decreto 128/2018, de 26 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local de carácter nacional asigna, como función de fe pública, a la secretaría

asistir y levantar acta de las sesiones de los órganos colegiados referidos en la letra a) y publicarla en la sede electrónica de la Corporación de acuerdo con la normativa sobre protección de datos.

El acta se transcribirá por el Secretario en el Libro de Actas, cualquiera que sea su soporte o formato, en papel o electrónico, autorizada con la firma del Secretario y el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Corporación.

No obstante, en el supuesto de que el soporte sea electrónico, será preciso que se redacte en todo caso por el Secretario de la Corporación extracto en papel comprensivo de los siguientes datos: lugar, fecha y hora de la celebración de la sesión; su indicación del carácter ordinario o extraordinario; los asistentes y los miembros que se hubieran excusado; así como el contenido de los acuerdos alcanzados, en su caso, y las opiniones sintetizadas de los miembros de la Corporación que hubiesen intervenido en las deliberaciones e incidencias de estas, con expresión del sentido del voto de los miembros presentes.

E) La Administración electrónica empezó a tener una virtualidad importante en España con la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y ha sido objeto de una consagración total con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. La ley recoge, con las adaptaciones necesarias, las normas hasta ahora contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, en lo relativo al funcionamiento electrónico del sector público, y algunas de las previstas en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la anterior. Se integran así materias que demandaban una regulación unitaria, como corresponde con un entorno en el que la utilización de los medios electrónicos ha de ser lo habitual, como la firma y sedes electrónicas, el intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación y la actuación administrativa automatizada. Se establece asimismo la obligación de que las Administraciones públicas se relacionen entre sí por medios electrónicos, previsión que se desarrolla posteriormente en el título referente a la cooperación interadministrativa mediante una regulación específica de las relaciones electrónicas entre las Administraciones. Para ello, también se contempla como nuevo principio de actuación la interoperabilidad de los medios electrónicos y sistemas y la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos.

El artículo 17.1 de dicha ley señala que

todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

Y, por su parte, el artículo 18.1:

De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

Es cierto que la disposición adicional 21.^a de la Ley 40/2015 establece que las normas de órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la nación y de las comunidades autónomas y los órganos de gobierno de las entidades locales.

Pero el artículo 18 de la Ley 40/2015, regulación básica, prevé que puedan grabarse las sesiones siempre que el fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el secretario «de la autenticidad e integridad del mismo», y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones. En este caso deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado.

Finalmente, respecto a la regulación de las vídeo-actas, la Ley 39/2015, LPAC establece, en su artículo 70.2, la obligatoriedad de que los expedientes tengan formato electrónico, al señalar que

los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

Por tanto, y en conclusión, no hay duda sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal mediante la oportuna modificación del reglamento orgánico municipal, o bien mediante la elaboración y aprobación de la oportuna ordenanza municipal al respecto, siendo competencia del ayuntamiento esta cuestión.

2. ¿Qué es vídeo-acta?

Vídeo-acta es un sistema de gestión de actas municipales desarrollado, que permite la elaboración de las actas de los plenos municipales rápidamente. Se basa en la integración de vídeo y documentos electrónicos firmados digitalmente mediante DNI electrónico. El sistema combina la grabación en vídeo de los plenos municipales con el documento electrónico que contiene el orden del día del pleno, todo firmado electrónicamente con el certificado digital o el DNI electrónico del secretario de la entidad local para dar fe legal del acto.

En relación con la creación de vídeo-actas de los plenos y, en su caso, las comisiones informativas, facilitará la transcripción de las sesiones plenarias y permitirá, en su caso, que también las comisiones informativas sean públicas.

La utilización de una aplicación de audio-vídeo actas permitirá agilizar la tarea en la redacción de las actas, ya que será suficiente referenciar los puntos en el vídeo o audio de las sesiones, ahorrando tiempo y evitando errores de transcripción manual.

Además, la aplicación permitirá guardar la documentación y archivos digitales resultantes de las sesiones con plenas garantías legales y consultar la documentación y el vídeo-audio firmada por el ente, así como desplazarse a puntos de la sesión concretos o por intervenciones de ponentes.

Así, el nuevo fichero estará accesible en la web municipal y contendrá vídeo de las sesiones del pleno y las actas con el resumen escrito del orden del día y de los acuerdos alcanzados. El fichero contendrá imágenes en movimiento, voz y firma electrónica. El vídeo-acta llevará firma digital de la secretaria general y del alcalde y un minutado para la localización de las intervenciones.

3. Beneficiarios

- Secretarios: optimización del esfuerzo de elaboración de actas.
- Departamentos de prensa: permite organizar los contenidos audiovisuales de los plenos y facilitar el acceso a los mismos a la prensa.
- Ciudadanos y empresas: acceso a los contenidos de las decisiones municipales de su ayuntamiento.
- Nuevas tecnologías: ofrece nuevos servicios de sociedad de la información a los ciudadanos.

4. Realización

Una vez que se dispone de la grabación, con una sencilla interfaz de usuario el sistema permite marcar los momentos de la grabación donde comienza cada punto del orden del

día del pleno, lo que permite la generación automática de la vídeo-acta y la integración entre el vídeo del pleno y el documento-acta sucinta del mismo. A continuación, el secretario del ayuntamiento, mediante su certificado digital o su DNI electrónico, firma el vídeo-acta (vídeo del pleno y el documento electrónico con el orden del día del pleno). Este conjunto de elementos se almacena en un gestor documental y se puede publicar en el portal municipal para su consulta por ciudadanos, empresas, medios de comunicación, etc.

5. Funcionalidades

- Gestión de la convocatoria
- Plenos mixtos o híbridos
- Sistema de votación
- Integración con las principales soluciones de administración electrónica del mercado.
- Transcripción y subtitulado de las grabaciones

6. Procedimiento de modificación del reglamento orgánico municipal

Admitida la posibilidad de incorporar el sistema de vídeo-acta de las sesiones de los plenos municipales, el contenido y procedimiento a seguir para ello, recibida la providencia del concejal delegado, será:

A) Inclusión por el alcalde en el orden del día de un pleno, ordinario o extraordinario, de la admisión de la propuesta.

B) Elaboración del texto, incluyendo:

- Consulta previa, en su caso, sobre los aspectos indicados en el artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno.
- Referencia a los principios teniendo en cuenta el contenido del artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno, especialmente el contenido de la Memoria de análisis de impacto normativo, que puede ser abreviada o suprimirse en casos de urgencia.
- A lo largo del procedimiento de elaboración de la norma se recabará, además de los informes y dictámenes que resulten preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.
- Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, como la norma puede afectar a los derechos e intereses legítimos de las personas, se publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audien-

cia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades.

- Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

El trámite de audiencia e información pública solo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del análisis de impacto normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas.

- Se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del análisis de impacto normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas.
 - Enmiendas presentadas por los grupos políticos municipales.
 - Informe jurídico sobre el proyecto normativo y las enmiendas presentadas en su caso, por la secretaría y la intervención.
 - Aprobación inicial de la modificación del reglamento orgánico municipal.
 - Información pública y anuncio de la misma.
 - Alegaciones presentadas, en su caso (si no la aprobación inicial se convierte, en definitiva).
 - Informe jurídico sobre las alegaciones presentadas, en su caso.
 - Aprobación definitiva del pleno por mayoría absoluta.
 - Publicación de la modificación del reglamento orgánico municipal en el boletín oficial de la provincia correspondiente y en el tablón de anuncios del ayuntamiento. También puede publicarse en el boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente.
3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérese las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.

El 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, señala en su artículo

54 que será necesario el informe previo del secretario y, además, en su caso, del interventor, o de quienes legalmente les sustituyan, para la adopción de los acuerdos en aquellos supuestos en que así lo ordene el presidente de la corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 173 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, añadiendo en su apartado 2.º que los informes que se emitan deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

Además, el artículo 3 del Real Decreto 128/2018 señala, en lo que respecta a lo que se pregunta:

1. La función pública de secretaría integra la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

2. La función de fe pública comprende:

a) Preparar los asuntos que hayan de ser incluidos en el orden del día de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, de conformidad con lo establecido por el Alcalde o Presidente de la misma, y la asistencia a este en la realización de la correspondiente convocatoria.

[...]

3. La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de los miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

b) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal o reglamentario así lo establezca.

c) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación o cualquier otra mayoría cualificada.

d) En todo caso se emitirá informe previo en los siguientes supuestos:

1.º Aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Fundaciones, Mancomunidades, Consorcios u otros Organismos Públicos adscritos a la Entidad Local.

De lo expuesto deducimos que no existía obligación legal de emitir informe alguno ante la solicitud del concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior sobre la modificación del reglamento orgánico municipal, por lo que habrá de pedirlo al alcalde para que pida el informe o requerir el apoyo de un tercio de los concejales para que el secretario quede obligado.

Entendemos que cuando en el artículo 3.3 d) 1.ª del artículo antes citado se exige el informe preceptivo en caso de modificación de reglamentos se refiere a cuando ya el pleno haya decidido tal modificación. Decidida esta, entonces, el informe ya será preceptivo.

En relación con las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría es de señalar que los informes del secretario y del interventor son relevantes, constituyen una muy apreciable garantía jurídica y económica en las actuaciones municipales, por ello su omisión puede originar la invalidez del acuerdo municipal. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos. La resolución de la sala andaluza recuerda la sentencia del Supremo de 6 de marzo de 1989, que confirmó la nulidad de un acuerdo ante la falta del informe preceptivo del secretario. Pero hay que saber que tal asunto giraba sobre la modificación de una ordenanza municipal. Otros pronunciamientos judiciales, que también han invalidado acuerdos ante la omisión del capital informe del secretario, han versado sobre aprobación del planeamiento.

Ahora bien, los efectos de la existencia de vicios formales ha de ponderarse porque una automática declaración de nulidad en todo caso resulta excesiva. Recordemos que la ley establece que para que los defectos formales consigan abatir la validez del acto administrativo, han debido impedir que alcance su fin o produzca indefensión. Cuando la Administración ha prescindido del procedimiento «total y absolutamente» entonces se sanciona con la declaración de nulidad radical. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido valorando la relevancia de algunos trámites indispensables y esenciales. Y, siguiendo esa línea jurisprudencial, se llega a la declaración de nulidad ante la omisión del informe preceptivo del secretario o del interventor.

Sin embargo, tal consideración ha de matizarse en algunas situaciones. Así, en este caso, hay un elemento singular consistente en: ¿hubiera contenido distinta opinión jurídica el informe del secretario? Porque sabemos que el Tribunal Supremo, al construir su doctrina sobre la causa de nulidad de la falta de otros informes preceptivos, como es el caso del trascendental informe del Consejo de Estado, ha rechazado, sin embargo, tal alternativa cuando «es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habría de ser la misma» (Sentencia de 16 de julio de 2002, rec. núm. 1648/1997).

En conclusión, los informes de secretario e interventores son trascendentes en los procedimientos administrativos. Nos ofrecen a los ciudadanos una importante garantía de seriedad jurídica. Pero su omisión no ha de generar en todo caso y siempre la nulidad del acuerdo, habrá que analizar las consecuencias de su ausencia respecto a la resolución dictada. Los vicios han de alojarse en cada caso en el seno del procedimiento administrativo y analizados en su contexto.

La misma Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas en su artículo 80.3 y 4 señala que:

De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones salvo cuando se trate de un informe preceptivo, en cuyo caso se podrá suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento en los términos establecidos en la letra d) del apartado 1 del artículo 22.

4. [...]

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.

El único supuesto en que no se puede prescindir es cuando el informe es preceptivo y vinculante, pero no es el caso.

4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90,000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

1. ¿Se puede iniciar la licitación en 2022 con la distribución que detalla el relato de hechos?

En lo concerniente al convenio se plantea llevar a cabo un gasto distribuido en 0 euros en 2022 y 90.000 euros en 2023. Cuando se lleva a cabo un procedimiento de gasto que se adjudica formalmente a un tercero y, por ende, este puede empezar a cumplir con su obligación y concurre la circunstancia de que el gasto se va a desarrollar en dos años diferentes, estamos ante lo que se llaman gastos plurianuales.

Los gastos plurianuales en el ámbito local se regulan en el artículo 174 del Real Decreto-Ley 2/2004. Esta norma lo que busca es que exista una distribución del gasto en el tiempo, de modo que establece unos límites.

Si llamamos al año 2022 el «año X» y al año 2023 «año X+1», la norma local lo que nos dice es lo siguiente:

- En el año X puedes gastarte lo que tengas presupuestado.
- En el año X+1 puedes gastar hasta el 70 % como máximo de lo que en su día te comprometiste con el tercero. (Gasto total).
- En el año X+2 (2024) hasta el 60 %.
- En los años X+3 y X+4 hasta el 50 % en cada año.

Recalcando que son porcentajes de máximos.

Entonces, aquí lo que se plantea es lo siguiente:

- Año 2022 (año X): Gastar 0,00 euros, es decir, el 0 %.
- Año 2023 (año X+1): Gastar 90.000 euros, es decir, el 100 % del gasto.

El 100 % supera el límite del 70 %, siendo necesario por tanto que en el año 2022, como mínimo, esté presupuestado y se ejecute el 30 % para poder cumplir con la norma local.

En lo que concierne a las licitaciones de tramitación anticipada, el precepto al que hay que acudir, y al que no se alude en el documento remitido, es la disposición adicional tercera de la LCSP, que, no en vano, tiene por nombre «Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales».

De acuerdo con el apartado segundo de esta disposición adicional:

2. Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Con este precepto lo que se pretende es que al final de cada año se puedan ir realizando los pliegos y todo el proceso. La tramitación anticipada tiene como requisito indispensable que el contrato vaya a ejecutarse en el año siguiente, es decir, si yo estoy en 2022, tramito el gasto que se va a ejecutar en 2023.

La duda que se puede plantear aclara qué debemos entender por ejecución material, porque tenemos dos posibles interpretaciones:

- Interpretación de la ejecución material (interpretación por LCSP): Esta interpretación, que es la que se refleja en la consulta, supone considerar la ejecución cuando el contratista efectúa el trabajo para el que ha sido contratado (prestar el servicio/

obra/suministro para el que ha sido contratado). El contratista puede empezar a ejecutar una vez se ha formalizado con el mismo el correspondiente contrato.

- Interpretación de la ejecución presupuestaria (interpretación por la normativa presupuestaria): Por esta interpretación no habría ejecución hasta que no haya gasto presupuestariamente hablando, es decir, cuando se dicta el acto administrativo de reconocimiento de la obligación. No se sigue este criterio porque el acto de reconocimiento de la obligación tiene como premisa que el contratista ya ha ejecutado, en términos coloquiales y en el sentido de la otra interpretación, su prestación. Por tanto, no tendría sentido este criterio y rompería con la esencia de tramitar anticipadamente, dejaría de tener sentido.

En consecuencia, se puede tramitar anticipadamente el contrato, celebrar las mesas, pero la adjudicación queda en suspenso hasta que tengamos los recursos que van a financiar el gasto. Esto implica que yo puedo adelantar trámites, pero siempre teniendo en cuenta que será en el año siguiente cuando la ejecución material tendrá lugar en los términos anteriormente expresados (interpretación LCSP).

La efectividad de los recursos en principio la tendrá con el nuevo presupuesto.

Lo que no cabe en ningún caso es adjudicar-formalizar con el contratista el año actual, porque entonces la ejecución material podría empezar en el año actual y no en el ejercicio siguiente, que es la premisa de la tramitación anticipada. En tal sentido, no debería siquiera adjudicarse formalmente para respetar los plazos legales para la formalización del contrato.

2. La Ley 9/2017, LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto?

Introducción

Son dos los casos: tramitación de emergencia y tramitación anticipada de la disposición adicional tercera de la LCSP, apartado 2.

El principio de legalidad financiera se consagró en el artículo 133.4 de la CE, de acuerdo con el cual «las Administraciones públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes». La aplicación de este principio a los gastos públicos no se concreta únicamente en la necesaria disposición del crédito que las leyes de presupuestos autorizan con carácter anual, sino que exige, además, que las normas establezcan el procedimiento mediante el cual la Administración pueda realizar los gastos públicos.

El artículo 116 de la LCSP, referido al expediente de contratación, concreta la documentación que ha de integrar su contenido, indicando que deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación.

Por lo tanto, es una exigencia legal que, al iniciar el expediente, se compruebe la existencia de crédito adecuado y suficiente en el sentido de disponer de apropiada financiación para la ejecución del contrato. Prueba de que se ha realizado esta verificación es la obligación de incorporar un certificado que acredite su existencia.

El artículo 39 de la LCSP se refiere a las causas de nulidad de derecho administrativo, señalando, entre ellas, en el número 2 a) «la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia».

Por otro lado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que constituye infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria los compromisos de gastos sin crédito suficiente para realizarlos, y la sanciona con la inhabilitación para ocupar cargo público durante un periodo de entre 5 y 10 años y la obligación de restituir las cantidades satisfechas indebidamente.

Por su parte, el artículo 117 de la LCSP se manifiesta en los siguientes términos:

Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.

Precisamente el artículo 116 de la LCSP tiene la siguiente redacción:

1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante.
2. El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes.
3. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo regulado en la subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el apartado 1 del artículo 174. En el caso de procedimientos para adjudicar los contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo, regulados en el artículo 221.4, los pliegos de cláusulas administrativas

y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento de licitación a que hace referencia el artículo 221.5 último párrafo.

Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En relación con el artículo anterior, el artículo 122.1 de la LCSP dispone que:

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

En el mismo sentido, pero respecto del pliego de prescripciones técnicas particulares, el artículo 124 de la LCSP establece que:

El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Y concretamente, respecto de las entidades locales de menos de 5.000 habitantes, la disposición adicional tercera, relativa a las normas específicas de contratación pública en las entidades locales, en su apartado 4.º prevé que:

En los contratos celebrados en los municipios de menos de 5.000 habitantes, la aprobación del gasto podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la Corporación.

De los preceptos expuestos se deduce claramente lo siguiente:

- 1.º Cualquier contrato que se realice por las entidades locales requiere la tramitación del expediente correspondiente en el que se debe incorporar el certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

- 2.º En el expediente también deben incorporarse los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, que deben aprobarse previa o conjuntamente con la autorización del gasto. Y para la autorización del gasto es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.
- 3.º En las entidades locales de menos de 5.000 habitantes la aprobación del gasto se puede sustituir por una certificación de existencia de crédito adecuado y suficiente.

Además de estas normas, hay que tener en cuenta los requisitos básicos que tiene que comprobar el interventor en la fiscalización del expediente, tanto si tiene adoptado el modelo de la fiscalización ordinaria como si fuese el de la fiscalización previa limitada que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 a) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, el primer requisito básico que hay que comprobar en la fiscalización que tiene que realizar el interventor es:

- [...] la existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.
- En los casos en los que el crédito presupuestario dé cobertura a gastos con financiación afectada se comprobará que los recursos que los financian son ejecutivos, acreditándose con la existencia de documentos fehacientes que acrediten su efectividad.
- Cuando se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 174 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.
- Se entenderá que el crédito es adecuado cuando financie obligaciones a contraer o nacidas y no prescritas a cargo a la tesorería de la Entidad Local que cumplan los requisitos de los artículos 172 y 176 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

La conclusión, por tanto, es clara: el ayuntamiento no puede iniciar la tramitación de la licitación de un expediente de contratación sin que tenga crédito adecuado y suficiente, porque se debe acreditar en el expediente la existencia del crédito y porque al aprobar los pliegos de condiciones se tiene que aprobar (autorizar) el gasto, y para ello es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.

Las excepciones son:

A) *Tramitación de emergencia*

Se considera un régimen excepcional que se aplica cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata debido a acontecimientos catastróficos u otras situaciones de peligro o que afecten a la defensa nacional.

Para un mayor análisis de este tipo de tramitación, traemos a colación el Informe 20/2003, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el antiguo artículo 72 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, el cual fue extractado en la Resolución núm. 102/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su recurso núm. 1217/2016, Comunidad Autónoma del Principado de Asturias 75/2016, concluyendo sobre el mismo lo siguiente:

Es decir, para que proceda la tramitación de emergencia es necesario: i) que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia; ii) que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia; iii) que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación y iv) que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación. A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

Si es declarada la tramitación de emergencia, el órgano de contratación puede:

- a) Ordenar la ejecución necesaria (para remediar el acontecimiento o satisfacer la necesidad sobrevenida) sin la obligación de tramitar el expediente de contratación.
- b) O bien, contratar su objeto de forma total o parcial sin sujeción a los requisitos formales de la ley.

Además, cuando se trate de un supuesto de emergencia, el artículo 30.1 d) de la LCSP dispone que, en esta circunstancia, tiene cabida la ejecución directa de las prestaciones por la Administración pública, pudiendo realizarse la ejecución de las obras empleando exclusivamente medios propios no personificados, o bien con la colaboración de empresarios particulares.

Con respecto al carácter formal de la contratación del sector público, el artículo 37.1 de la LCSP prevé la tramitación de emergencia como la excepción a la prohibición de contratar verbalmente.

El régimen excepcional de la tramitación de emergencia es el siguiente:

- a) Se debe informar en un plazo máximo de 30 días al Consejo de Ministros acerca de todo contrato con carácter de emergencia celebrado por la Administración General del Estado, organismos autónomos y demás entidades públicas estatales.

- b) Desde que se adopte el acuerdo de emergencia, se deberá iniciar la ejecución de las prestaciones dentro del plazo de un mes (si se supera el plazo entonces la contratación deberá tramitarse por el procedimiento ordinario).
- c) Una vez se ejecuten las actuaciones, se seguirá lo dispuesto en la ley en cuanto al cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de las prestaciones.
- d) Con respecto a las prestaciones que no sean de emergencia, pero resulten necesarias para realizar la actuación administrativa, se contratarán por la tramitación ordinaria.

Por otro lado, respecto a la carencia o insuficiencia de crédito como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (art. 39.2 b LCSP), no será aplicable en los supuestos de emergencia. De modo que, como indica el último párrafo de la letra a) del artículo 120.1 de la LCSP, el órgano de contratación puede contratar el objeto sin sujetarse a requisito formal relativo a la existencia de crédito adecuado y suficiente. Entonces, si no existe tal crédito, cuando se adopte el acuerdo se procederá a su dotación según lo establecido en la Ley general presupuestaria.

Igualmente, merece especial atención lo dispuesto por el artículo 44.4 de la LCSP, en tanto que el mismo indica que no serán susceptibles de recurso especial, en materia de contratación, los actos y decisiones adoptados en los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

Por último, en términos de la formalización de los contratos que celebren las Administraciones públicas si la tramitación del expediente de contratación es por emergencia, se puede proceder a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización de forma excepcional (art. 153 LCSP).

Especialidades que comparten la tramitación urgente y la de emergencia con respecto a la subcontratación

- a) De conformidad con el artículo 215.1 b) último párrafo de la LCSP, si se tienen que adoptar medidas urgentes o si existe una emergencia y se justifica de forma adecuada, se puede acreditar la aptitud del subcontratista inmediatamente después de la celebración del contrato.
- b) Según el último párrafo de la letra c) del artículo 215.2 de la LCSP, para atender a una situación que exija adoptar dichas medidas, se pueden concluir los subcontratos sin que transcurra el plazo de 20 días, siempre que se justifique y bajo la responsabilidad del contratista.

Además, si así se estableció en los pliegos, la infracción de las normas para poder subcontratar en supuestos de urgencia o emergencia llevará aparejada, bien una pena al contratista de hasta el 50 % del importe del subcontrato, o bien la resolución del subcontrato.

B) Tramitación anticipada

En su caso, de conformidad con la disposición adicional tercera de la LCSP, apartado 2.º:

Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Es decir, se podría comenzar el expediente en la parte de la subvención que se ha solicitado, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva disponibilidad de los recursos, lo que supone una excepción a la regla general. Pero este apartado solo se refiere a la parte de la financiación afectada mediante un préstamo o una subvención, de tal manera que si la aportación municipal se financia con recursos ordinarios del presupuesto tiene que estar disponible el crédito cuando se inicia la tramitación del expediente de contratación.

Conclusiones

- 1.^a Al iniciar cualquier expediente de contratación se debe incorporar el certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente.
 - 2.^a Por tanto, el ayuntamiento no puede iniciar la tramitación de la licitación de un expediente de contratación sin que tenga crédito adecuado y suficiente, porque se debe acreditar en el expediente la existencia del crédito y porque al aprobar los pliegos de condiciones se tiene que aprobar (autorizar) el gasto, y para ello es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.
 - 3.^a Solo en el caso de que se trate de contratos cuya financiación dependa de un préstamo o de una subvención se puede tramitar el expediente sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva disponibilidad de los recursos.
5. ¿Puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación?

Es una práctica muy habitual, especialmente en los pequeños municipios, que el alcalde sea el presidente de la mesa de contratación. Esta situación se puede producir en dos escenarios diferentes.

- a) Licitaciones en las que el órgano de contratación para la licitación en que se produce esta circunstancia sea el pleno del ayuntamiento (según la disposición

adicional segunda de la Ley 9/2017, los contratos en los que el valor estimado supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto o, en cualquier caso, los de cuantía superior a seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada).

- b) Licitaciones en que el órgano de contratación sea el alcalde o alcaldesa (los contratos en los que no concurren las mencionadas circunstancias).

En el primer escenario no se plantea ninguna dificultad y la respuesta es clara: el alcalde puede presidir la mesa de contratación o formar parte de la misma.

Pero ¿y si el alcalde es el órgano de contratación, como sucede en la gran mayoría de los casos?

La mesa de contratación está definida en la propia ley de contratos (art. 326.2) como órgano de asistencia técnica especializada. La mesa ejerce una serie de funciones tasadas relativas al desarrollo e impulso del procedimiento de adjudicación, siendo sus funciones más reconocibles las de valorar las proposiciones de los licitadores y realizar una propuesta al órgano de contratación de adjudicación a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta.

Por tanto, de momento su configuración como órgano técnico y no político nos daría una primera razón para considerar que el alcalde no pueda (o deba) presidir y ni tan siquiera formar parte de la mesa.

Por otra parte, el referido artículo 326, en su apartado 4, establece que los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación. Con lo que nos encontraríamos ante la paradoja de que el alcalde se nombraría a sí mismo y además se realizaría una «autopropuesta» de adjudicación. Situaciones paradójicas, extrañas, pero no prohibidas.

La previsión del 326.5, que establece que en ningún caso podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, no se aplica al ámbito local, que tiene una norma específica que regula la composición de la mesa en el apartado séptimo de la ya referida disposición adicional segunda:

La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se

designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

La interpretación literal de esta disposición llevó al Tribunal Central de Recursos Contractuales a admitir la posibilidad de que el alcalde presidiera la mesa de contratación, siendo órgano de contratación. Efectivamente, en la Resolución núm. 869/2018, en la que se resolvía un recurso contra el anuncio de licitación y pliego de cláusulas administrativas particulares que regía el contrato de «Prestación del servicio de dirección letrada, asesoría jurídica y trabajos de consultoría» del Ayuntamiento de Moncada, que se basaba en varios argumentos, entre otros,

denunciaba la ilegalidad de la cláusula decimotercera del pliego por atribuir la presidencia de la mesa de contratación al órgano de contratación (que era la alcaldesa).

El último de los motivos del primer recurso de los aquí acumulados denuncia la ilegalidad de la cláusula decimotercera del pliego por atribuir la presidencia de la Mesa de contratación al órgano de contratación. Sin embargo, el tenor literal de la disposición adicional segunda de la LCSP sobre competencias en materia de contratación en las Entidades Locales establece que (...). Por lo que la condición de la alcaldesa como órgano de contratación resulta de la propia regulación contenida en la LCSP, así como la posibilidad de presidir la Mesa de Contratación, al deber esta ser presidida por un miembro de la Corporación o funcionario de la misma.

El tribunal consideraba ajustada a derecho la cláusula impugnada y, por tanto, procedía la desestimación del recurso por este motivo.

Frente a cualquier otra consideración y en estricta aplicación del principio de legalidad, el tribunal central considera que la composición de la mesa en el caso planteado responde a lo previsto en la disposición adicional segunda, por cuanto la alcaldesa es un miembro de la corporación.

Frente a esta resolución del tribunal central, recientemente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 67/2022 de 28 de enero de 2022, en la que hace una interpretación diametralmente opuesta a la del central:

Se trata de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro en alquiler y mantenimiento de una aplicación informática para la gestión tributaria, recaudación e inspección, así como de las tecnologías necesarias para su explotación bajo modelo "cloud" o "en la nube", por parte del Ayuntamiento de Albox».

La recurrente solicita la anulación de los pliegos y funda su pretensión en varios motivos [...]. En un primer motivo, la recurrente esgrime que el Alcalde del Ayuntamiento es el órgano de contratación (cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares [PCAP]) y también el presidente de la mesa de contratación (cláusula 12 del citado pliego) y que esa suerte de ubicuidad orgánica es irregular y contraria al artículo 326 de la LCSP, por cuanto vacía de sentido y contenido la figura de la mesa de contratación como órgano de asistencia y proponente.

Como vemos, la recurrente basa su pretensión no en una prohibición de la ley, sino en que quedaría vacía de contenido la figura y función de la mesa de contratación como órgano de asistencia y proponente del contrato.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación en su informe, señalando que la regulación contenida en la LCSP establece y deja bastante claro quiénes son las figuras que no podrán participar en las mesas de contratación, pero en ningún punto se prohíbe la designación como presidente de dicho órgano al alcalde ni establece ninguna incompatibilidad al respecto, y concluye:

[...] por ende esta práctica es legal, lejos de cualquier práctica irregular o atisbo de corruptela como indica la recurrente. Es más, en pequeños ayuntamientos creemos que es una práctica necesaria. La habitualidad de esta práctica que pone de manifiesto la recurrente parece descartar la ilegalidad de la misma, y no entramos a establecer las lagunas que pueda tener la LCSP, pues no nos corresponde.

El tribunal andaluz, en este caso admite el motivo del recurso y entiende que el órgano de contratación en la licitación examinada (el alcalde) no puede, a la vez, presidir la mesa de contratación:

Pues bien, hemos de señalar que no es posible la convergencia en la figura del alcalde de la doble titularidad del órgano de contratación y de la presidencia de la mesa de contratación, porque no puede el alcalde formar parte del órgano que precisamente está encargado de prestarle asistencia. Resulta inconcebible, por ejemplo, que el alcalde como presidente de la mesa pueda proponer a sí mismo la adjudicación del contrato o el rechazo o admisión de ofertas inicialmente incursas en presunción de anormalidad. No puede el alcalde aprobar una propuesta realizada por él mismo como miembro integrante de la mesa. Y si bien a tenor de la disposición adicional segunda, apartado 7, de la LCSP un alcalde puede presidir, como miembro de la Corporación, la mesa de contratación, no podrá hacerlo cuando sea, asimismo, órgano de contratación, como acontece en el supuesto examinado. Así las cosas, si conforme a la disposición adicional segunda, apartado 1, el alcalde ha de ser órgano de contratación en la licitación examinada, no puede, a la vez, presidir la mesa de contratación.

De tenor literal del argumento esgrimido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, podemos deducir que la prohibición no se ciñe solo a la presidencia, sino que se hace extensiva a la mera pertenencia a la mesa de contratación, «porque no puede el alcalde formar parte del órgano que precisamente está encargado de prestarle asistencia».

Además, en este caso, la Junta de Gobierno Local actúa como órgano de contratación por delegación del alcalde, o sea que el alcalde será el presidente de la mesa y la junta de gobierno el órgano de contratación; ahora bien, al amparo del artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

Ante tan contradictorias formas de resolver la misma situación y habida cuenta que esta se produce con frecuencia, en muchas ocasiones, porque los ayuntamientos no disponen de efectivos suficientes para completar la composición de la mesa en la forma que exige la ley, convendría que de alguna manera se unificara esta doctrina en pos de la transparencia, la integridad y sobre todo la seguridad jurídica en el ámbito municipal.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18.1, 103 y 133
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 4.1. 25.2, 27.2, 70, 85.2, 86, 109 y 110.
- Ley 50/1997 (del Gobierno), art. 26.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 70.2 y 80.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 9, 17, 18 y disp. adic. 21.^a.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 2, 30, 37, 39, 44, 116, 117, 120, 122, 124, 130, 215, 326 y disp. adic. 3.^a
- Real Decreto legislativo 781/1986 (TR del régimen local), art. 97.
- Real Decreto legislativo 2/2015 (TR del Estatuto de los Trabajadores), arts. 15.6 y 44.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR del Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 8 y 70.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 173, 197, 198 y 207.
- STS, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2022 (NormaCEF NSJ063582).
- STS, Sala 3.^a, de 16 de julio de 2002.

- STSJ de Castilla y León, de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011.
- Informe 20/2003, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- Resolución 67/2022, de 28 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.