

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2023).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 221, 257-264.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.10>

SUMARIO

I. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. II. DERECHO COMÚN Y DERECHO ESPECIAL EN EL RÉGIMEN LOCAL: EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES.

I. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

Los procesos selectivos de personal al servicio de las administraciones públicas suelen dar lugar a una abundante litigiosidad, en particular en relación al acto por el que se resuelve el concurso y se nombran a las personas que han obtenido las plazas convocadas. Se discute en estos casos la aplicación que la comisión evaluadora ha llevado a cabo de los méritos de los concursantes atendiendo a los criterios previamente establecidos en las bases.

Fruto de estos numerosos litigios contamos ya con una notable y consolidada jurisprudencia sobre el alcance del control judicial de las decisiones de las comisiones, jurisprudencia que ha superado la inicial resistencia a entrar a revisar estas decisiones en base al criterio de la discrecionalidad técnica del órgano evaluador. Los tribunales han reducido el alcance de esta discrecionalidad, y han exigido en todo caso una motivación fundada de los criterios en virtud de los cuales se ha dictado el acto que resuelve el concurso atendiendo a los criterios generales establecidos en las bases del concurso.

Esta jurisprudencia suele establecer, en el fallo de la sentencia que anula el acto impugnado, la retroacción de las actuaciones para que la comisión que adoptó el acuerdo vuelva a resolver motivando de forma suficiente su decisión. Al remitirse las actuaciones a la misma comisión que dictó el acto anulado, en la inmensa mayoría de casos la comisión confirma su acuerdo acompañándolo de una motivación más extensa, aquella motivación que no llevó a cabo en el momento de adoptar el acto que se anula. Por ello, estas resoluciones judiciales se convierten en victorias pírricas, en un tirón de orejas a la comisión, pero sin que se dé satisfacción a la verdadera pretensión del recurrente que era que se le otorgara la plaza para la que creía tener más méritos que alguno de los favorecidos en el acto impugnado.

La Sentencia del Tribunal Supremo 471/2023 de 13 de abril, rec. casación 4104/2020, se ha pronunciado de nuevo sobre esta temática. Se trataba de un caso de impugnación de un nombramiento de personal estatutario fijo. La sentencia ha establecido una doctrina de interés sobre los supuestos en los que el tribunal, además de anular el acto de la comisión por falta de motivación suficiente, puede resolver sobre la adjudicación de la plaza, sin retrotraer las actuaciones a la comisión. Por ello me parece de interés dar cuenta de esta sentencia, que de forma breve pero clara y precisa establece en qué supuestos no deben retrotraerse las actuaciones y se puede dar verdadera satisfacción a la pretensión del recurrente.

El supuesto de hecho era el normal en este tipo de conflictos, si bien concurrió un problema procesal inicial que es irrelevante a los efectos del presente comentario. Convocado un proceso selectivo para cubrir varias plazas del Servicio de Salud de las Islas Baleares, el proceso selectivo constaba de dos fases: una de oposición y otra de concurso de méritos. Celebradas las pruebas, el órgano de selección —o tribunal calificador— otorgó mayor puntuación en ambas fases a

una persona determinada, si bien la diferencia de puntuación fue más amplia en la primera fase (oposición, con examen de conocimientos y preguntas) que en la de concurso (valoración de méritos, con arreglo al baremo establecido en las bases de la convocatoria). Otro concursante que no obtuvo la plaza solicitó explicaciones sobre la puntuación recibida, que le fueron dadas oralmente por el jefe del Servicio de Selección sin que estuvieran presentes los miembros del órgano de selección. Una vez la Administración autonómica otorgó la plaza según el criterio del órgano de selección, el concursante que había solicitado explicaciones interpuso recurso contencioso-administrativo. Un primer recurso fue estimado por una razón formal, si bien esta sentencia fue luego revocada, obligándose al tribunal a entrar en el fondo del asunto.

Se dictó nueva sentencia, ya sobre el fondo del asunto, que es la que nos interesa y que fue objeto del recurso de casación que comentamos. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia estimó que al realizarse la revisión de la puntuación solicitada por el recurrente, no se dio una motivación adecuada y suficiente, especialmente en lo atinente a la valoración de méritos según el baremo; razón por la que el Tribunal considera que el acto administrativo no es ajustado a Derecho. Pero lo relevante, a nuestro entender, es que llegada a este punto, la sentencia impugnada procede ella misma a realizar la valoración de los méritos alegados por el recurrente, aplicando el baremo recogido en las bases de la convocatoria. Comprueba que cuatro estancias (270 días, 183 días, 210 días y 450 días) en otros tantos hospitales de varios países europeos no habían sido debidamente tenidas en cuenta por el órgano de selección y, una vez aplicados los puntos correspondientes según el baremo, concluye el Tribunal que la puntuación legalmente correspondiente al recurrente en la fase de concurso de méritos debía ser incrementada de los 17,10 puntos atribuidos por el órgano de selección a 21,576 puntos. La consecuencia es que atendiendo a esta nueva puntuación se debía declarar el derecho del demandante a figurar en primer lugar en la lista de aspirantes y debía ser nombrado para la plaza convocada.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia fue recurrida en casación. Dos eran las cuestiones a examinar. Por un lado si la motivación dada era o no suficiente y, por tanto, si el acto impugnado era o no válido. Por otro lado, si el acto se declaraba contrario a derecho, si la decisión de la sentencia impugnada de proceder a adjudicar la plaza al recurrente era o no conforme a derecho.

La primera cuestión fue resuelta de forma contundente afirmando la falta de motivación suficiente por las razones que expresa la sentencia casacional. Se dio una motivación oral, sin que quede constancia de la misma. Se añade que aun en caso de insuficiencia de criterios en las bases, la motivación debe dar cuenta de los criterios utilizados al ejercer la discrecionalidad técnica, y la motivación debe proceder del propio órgano técnico o tribunal calificador que ejerce la discrecionalidad técnica.

Los recurrentes en casación (el abogado de la comunidad autónoma y la persona que había obtenido la plaza) alegaron la teoría general sobre los lími-

tes del control jurisdiccional. Así, invocaron como infringido el art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por entender que la sentencia impugnada, al realizar ella misma un nueva puntuación de los méritos alegados por el recurrente, con aplicación del baremo, habría vulnerado la prohibición que pesa sobre el órgano jurisdiccional de «determinar el contenido discrecional de los actos anulados». En esta línea sostienen que la valoración de los méritos compete exclusivamente al órgano de selección en ejercicio de su discrecionalidad técnica.

Frente a estos argumentos, la sentencia casacional afirma que la corrección de la puntuación que lleva a cabo el tribunal se refiere tan solo a la segunda fase del concurso, y se ciñe a comprobar que determinados méritos consistentes en estancias prolongadas en varios hospitales de países europeos no habían sido valorados, separándose así de lo establecido en el baremo recogido en las bases de la convocatoria. Añade, y esta apreciación es relevante, que el baremo es acusadamente preciso y tasado, no dejando prácticamente ningún margen de apreciación al órgano de calificación.

De acuerdo con estos argumentos, al abordar la cuestión de interés casacional, en el fundamento de derecho séptimo, de forma muy breve pero por ello mismo clara y precisa, se dice «en cuanto al control que puede ejercer el órgano jurisdiccional, cabe que éste corrija la aplicación de los baremos cuando éstos sean claros y no dejen margen de apreciación».

De este modo el Tribunal Supremo, en sentencia de casación, reitera una doctrina jurisprudencial previa de la que dio cuenta Tomas Ramón Fernández en su libro *Arbitrario, Arbitraire, Arbitrary*, (Madrid: Iustel, 2016, pág. 139). En el citado trabajo, tras analizar la jurisprudencia que se enfrentaba a supuestos de la llamada discrecionalidad técnica, articulando mecanismos para su control, el profesor T. R. Fernández afirmó lo siguiente:

[...] la valoración de las razones eventualmente esgrimidas por la Administración puede llevar y de hecho ha llevado muchas veces con toda naturalidad no sólo a rechazar el juicio técnico impugnado, sino también a descubrir que la solución tiene que ser necesariamente otra. La lógica del razonamiento es inexorable y no puede cortarse a discreción en un punto determinado. Así, las sentencias de 10 de mayo de 2007, 12 de marzo de 2008, 19 de julio de 2010 y 31 de julio de 2014, entre otras, no tuvieron reparo a la hora de declarar el derecho de los recurrentes a ser incluidos en las listas de aprobados una vez constatado el error en que la administración incurrió al excluirlos.

Quede pues constancia de que no en todo caso la anulación del acto de resolución de un concurso para adjudicar plazas de funcionario, por falta de motivación suficiente, requiere retrotraer las actuaciones para que la comisión motive de nuevo su decisión, con el argumento de que la discrecionalidad técnica solo puede ser valorada por esta comisión. Si el baremo es preciso y tasado, sus criterios pueden ser apreciados por el tribunal, el cual podrá determinar el contenido del acto que

resuelve el concurso. De ahí la importancia de los baremos con el fin de reducir la discrecionalidad y permitir un control pleno de la decisión administrativa. (JT)

II. DERECHO COMÚN Y DERECHO ESPECIAL EN EL RÉGIMEN LOCAL: EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES

La Sentencia del Tribunal Supremo 108/2023, de 31 de enero, (ponente: Rafael Toledano Cantero), reviste un especial interés para el derecho administrativo general y para el derecho local más en concreto. La cuestión que presenta interés casacional objetivo y que da lugar al pronunciamiento del Tribunal es la siguiente:

Determinar si en la elaboración de las ordenanzas fiscales municipales, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del mismo texto legal, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender el cauce previsto en los arts. 15 a 19 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no.

Como puede verse, se concentran aquí varios temas distintos que han sido objeto de debate en la doctrina y de distintas soluciones por los tribunales inferiores. La cuestión que subyace en el fondo de la controversia es de mayor alcance: el valor anulatorio de los defectos de procedimiento —no les llamaremos vicios de forma— en los procedimientos de elaboración de las normas administrativas, aunque en la cuestión se alude al «defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho». Sobre ello se ha discutido hasta la saciedad en los últimos tiempos¹ y sigue siendo una de las invocaciones más frecuentes en el ámbito de la impugnación de ordenanzas locales, como es el caso presente.

El tema más directo es si entre estos vicios formales cabe incluir el incumplimiento del trámite de consulta previa del art. 133 LPACAP en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas municipales, y más en concreto, de las ordenanzas fiscales. No se trata ya de determinar ahora la fuerza invalidante de ese even-

¹ El debate sobre la anulación de reglamentos ordenanzas y planes urbanísticos por motivos formales, de procedimiento o de insuficiente motivación es muy amplio. Ver Fernando Lopez Ramón (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205; Joaquín Tornos Mas (2019), «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos legislativos y jurisprudenciales», *Revista de Administración Pública*, 210, así como los demás artículos contenidos en la sección «Debates» de aquel mismo número de la *RAP*.

tual defecto, sino, con carácter previo, si se trata efectivamente de un requisito exigible en este caso, es decir, si la norma que lo establece, el art. 133 LPCAP es aplicable al supuesto de hecho, la elaboración de una ordenanza fiscal, con preferencia al art. 17 TRLHL, que no prevé este trámite.

Varios tribunales superiores de justicia se habían pronunciado de manera afirmativa, asumiendo la posición de la Dirección General de Tributos, Subdirección General de Tributos Locales, que en su informe de 10 de enero de 2018, a instancias de la Federación Española de Municipios y Provincias, había concluido que sí era exigible dicha consulta previa, por tratarse de un trámite distinto y con distinta finalidad de la información pública prevista en el art. 17 del TRLHL.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de casación que comentamos, resuelve la cuestión en dos pasos sucesivos, distinguiendo la aplicación del criterio entre norma básica y no básica, por un lado; y entre norma común y especial por otro.

En primer lugar, declara que «el primer párrafo del art. 133, en su primer inciso, que establece la obligatoriedad de una consulta pública (“Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública”) es básico, al amparo del art. 149.1.18 CE, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y, como tal, aplicable también a las Administraciones Locales. A partir de aquí, la consulta pública resultaría, en términos generales, obligatoria»; no siendo básicos los aspectos de detalle, según había declarado la STC 55/2018 para las CC. AA. y que por ende tampoco lo son para los entes locales.

En segundo lugar, no obstante, el Tribunal aplica el criterio de la especialidad para declarar que el TRLHL resulta de aplicación preferente a la LPCAP. Y ello, en virtud de la disposición adicional primera de la LPCAP, que proclama la aplicación preferente de las leyes especiales por razón de la materia que regulen procedimientos administrativos en los que no se exija alguno de los trámites previstos en la LPCAP o regulen trámites adicionales o distintos. El Tribunal descarta que la aplicación preferente sea solo en el ámbito de los actos tributarios, según el apdo. 2 de dicha disposición adicional primera, indicando que, por el contrario, el apdo. primero se refiere a todo tipo de procedimientos²

En tercer lugar, a fin de dilucidar si el TRLHL tiene esa consideración de ley especial por razón de la materia, la STS acude al art. 111 LBRL, que así califica a las normas reguladoras de la imposición y ordenación de los tributos locales, y dispone que serán estas, y no la propia LBRL, la que regule el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales.

² Una posición disconforme es la de Irene Aragüas, «La no exigibilidad del trámite de consulta previa en el procedimiento de elaboración y aprobación de ordenanzas fiscales locales. Consideraciones a la luz de la STS núm. 108/2023, de 31 de enero de 2023», en el blog *Acento Local*, de la Fundación Democracia y Gobierno Local: <https://tinyurl.com/ye24nn67>.

Cabría discutir si era necesario este último paso para fijar el carácter de la «ley especial por razón de la materia», pero con ello queda más clara la posición del TRLHL. Más aún, en puridad cabría plantearse, situados ya en un nivel más amplio, la posible aplicación preferente del art. 49 LBRL, regulador del procedimiento de aprobación de las ordenanzas no fiscales, que tampoco prevé la consulta previa, respecto del art. 133 LPACAP. Pero la cuestión queda respondida en términos de legislación básica, no de ley especial: lo que es básico para las CC.AA., según la STC 55/2018, también lo es para las entidades locales.

En cualquier caso, es de destacar el reconocimiento del criterio de la especialidad en el derecho local, derecho todavía demasiado proclive al uniformismo, a pesar de las proclamaciones, incluso a nivel estatutario, del principio de diferenciación local (p. ej., art 88 EAC). Porque a la especialidad hay que añadir el criterio de la diversidad o diferenciación: incluso la norma especial por razón de la materia debería poder contemplar regulaciones diferentes, también en materia de procedimientos, por razón de los sujetos, en función de su dimensión demográfica, capacidad de gestión, etc. Así se hace ya en algún caso, como medida de simplificación.

Una última anotación cabe hacer a la sentencia del Tribunal Supremo comentada. Esta alude al «limitado ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria» que corresponde en el ámbito tributario a las entidades locales, ya que la iniciativa de ordenanza fiscal local debe partir de elementos normativos impuestos por la ley estatal. Con ello viene a decir que la consulta previa del art. 133 LPACAP disminuye de funcionalidad, puesto que las grandes decisiones están tomadas por el legislador, aunque la misma sentencia lo matiza.

Ante esta situación el Tribunal da un paso más y procede a adjetivar la «loable finalidad de robustecer los mecanismos de participación ciudadana» para finalizar aconsejando al legislador proceder a la reforma de la legislación especial, el TRLHL, si quiere hacer obligatorio el trámite de la consulta pública. ¿Es realmente propio del Tribunal Supremo dar consejos o felicitaciones al legislador? (TF)

