

El Ayuntamiento de ----- solicita de este Servicio de Asistencia y Asesoramiento a Entidades Locales (en adelante, SAAEL) informe sobre un recurso de reposición.

Este informe se emite a partir de la consideración de los siguientes

ANTECEDENTES:

El Ayuntamiento de ----- presenta al SAAEL una solicitud de informe, del siguiente tenor literal:

“Habiendo tenido entrada el día -- de ---- de 2022 en el Ayuntamiento de -----, Recurso de reposición contra la Resolución de Alcaldía nº 2022-0133 de fecha -- de ---- de 2022, aprobando la oferta de empleo público 2022, con relación a la forma de provisión “oposición” de la plaza de personal funcionario administrativo, publicada en el DOE nº ----, el -- de ----- de 2022, presentado por Doña -----, le remito dicho recurso, así como la citada Resolución de Alcaldía, al objeto de que se emita y nos remitan informe sobre el recurso presentado, al objeto posteriormente de resolver el mismo”.

A su solicitud, el ayuntamiento acompaña la impugnada resolución de aprobación de la oferta de empleo público (en adelante, OEP), así como el recurso que, en resumen, pretende la modificación de la OEP, de manera que la forma de provisión del puesto de administrativo (C1) sea por promoción interna (y no por oposición, tal como figura en la resolución publicada).

A los anteriores antecedentes les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Sobre la naturaleza de la OEP y su impugnabilidad en reposición: el artículo 70.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP) define la oferta de empleo público en los términos siguientes: *“las necesidades de recursos humanos, con asigna-*

ción presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

Es importante en este punto referirse a la naturaleza de la OEP ya que, de considerarse una disposición reglamentaria, no cabría recurso de reposición frente a la misma (*ex* artículo 112.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante, LPAC-). En el ámbito local, el artículo 52.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), limita la interposición del recurso de reposición únicamente frente a los actos y acuerdos de las Entidades Locales que pongan fin a la vía administrativa.

Sobre esta cuestión, el propio Supremo en la STS de 18 de marzo de 2019 (rec. 2528/2016) expone que *“esta Sala no ha tenido siempre un criterio estable sobre la naturaleza del instrumento por el que se aprueba una oferta pública de empleo concluyendo que se trata de una disposición general”*, evidenciando las dudas jurídicas que suscita la misma e indicando que:

“1º Ciertamente esta Sala, Sección Primera, en su auto de 31 de marzo de 2000 (recurso de casación 10608/1998) declaró la inadmisibilidad del recurso de casación contra una sentencia referida a la impugnación de una resolución por la que se anunciaba una oferta pública de empleo por no considerarla como disposición general, luego al «versar sobre una cuestión de personal en la que no está en juego la extinción de relación de empleo público alguna, está excluida del recurso de casación».

2º Ahora bien la misma Sección en el auto de 12 de enero de 2006 (recurso de casación 4203/2004) admitió tal recurso pues en la instancia lo impugnado fue un decreto por el que se

aprobaba una oferta pública de empleo y que se consideró como una disposición general, si bien la sentencia que resolvió esa casación se refiriese al decreto como «actuación administrativa» (cf. sentencia de esta Sala, antigua Sección Séptima, de 1 de abril de 2009).

3º Añádase, como se ha visto, que los Decretos impugnados en la instancia traen su causa de la anulación de los Decretos 67/2007 y 83 y 133/2011 y que anulado por la Sala de instancia el Decreto 67/2007, de la misma naturaleza y finalidad que los ahora impugnados en la instancia, tal sentencia fue recurrida y confirmada en casación por la citada sentencia de esta Sala, antigua Sección Séptima, de 29 de octubre de 2010 (recurso de casación 2210/2007), sin cuestionarse la admisibilidad del recurso.

4º Este criterio se confirma con la sentencia 543/2018, de esta Sala y Sección, del pasado 3 de abril, dictada en el recurso contencioso-administrativo 4555/2016, en la que se enjuició el Real Decreto 105/2016, de 18 de marzo, por el que se aprobaba la oferta de empleo público para el año 2016. Pues bien, lo que en el ámbito de la Administración General del Estado es ese Real Decreto lo son en el ámbito autonómico los Decretos impugnados en la instancia y en esa sentencia esta Sala entendió que se trataba de una disposición general. 5º En fin, es determinante de la admisibilidad de esta casación que así lo haya acordado la Sección Primera de esta Sala en el auto de 22 de febrero de 2017 (recurso de casación 2529/2016). Tal auto se ha dictado a propósito de otra sentencia de la misma Sala de instancia estimatoria de la demanda contra los Decretos ahora atacados, se razona cómo esta Sala no ha tenido siempre un criterio estable sobre la naturaleza del instrumento por el que se aprueba una oferta pública de empleo concluyendo que se trata de una disposición general”.

Lo que sí queda claro en la citada sentencia es la función limitada de la OEP, que no puede interferir en el cometido propio de las relaciones de puestos de trabajo. En este sentido, afirma el Tribunal Supremo que: “sobre la función de la oferta pública de empleo, esta Sala y Sección en la sentencia 543/2018 (recurso contencioso-administrativo 4555/2016), más aquellas a las que se remite, ha recordado que es jurisprudencia que la función de una oferta pública de empleo se ciñe a la planificación de recursos humanos cuyo objeto es determinar «las necesidades de recursos hu-

manos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso» (artículo 70 del TREBEP), luego no es instrumento idóneo para establecer las condiciones de ingreso en los distintos cuerpos o escalas (cf. también las sentencias de la antigua Sección séptima de 23, 24 -dos- y 25 junio de 2008, recursos de casación 2712, 2445, 2709 y 3134/2004, respectivamente)”.

Así las cosas, la limitación de la OEP respecto del contenido definido en la relación de puestos de trabajo, unida a la propia naturaleza de ese instrumento (ya definido como acto administrativo por el propio tribunal) permiten mantener una postura favorable a considerar que la verdadera naturaleza de la OEP es la de acto administrativo general o con pluralidad de destinatarios

Abona esta tesis el hecho de que la OEP tiene un plazo de ejecución limitado a tres años (agotándose con su cumplimiento, por carecer de la vocación de permanencia propia de los reglamentos), así como que, en el ámbito local, la competencia para la aprobación de la OEP corresponde al alcalde o presidente de la corporación (que carecen de la potestad o facultad para aprobar reglamentos).

Por tanto, mantenemos la consideración de la OEP como acto administrativo, por lo que en principio sería susceptible de impugnación en reposición.

SEGUNDO.- Sobre la admisibilidad del recurso planteado: como queda señalado, el artículo 52.1 de la LRBRL establece que contra los actos y acuerdos de las Entidades Locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente, pudiendo no obstante interponer con carácter previo y potestativo recurso de reposición.

De acuerdo con el apartado 2.a) del mismo artículo, ponen fin a la vía administrativa las resoluciones del alcalde, salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la administración del estado o de la comunidad autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2 de la propia LRBRL.

Por su parte, la LPAC regula en sus artículos 123 y 124 el recurso de reposición, estableciendo el primero de ellos que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En caso de haber optado por el recurso de reposición, no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El artículo 124 determina que el plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes, transcurrido el cual quedará expedita la vía contencioso-administrativa.

Cabe interponer recurso de reposición contra las resoluciones y los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos; y el recurso podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la LPAC (artículo 112.1). El escrito de interposición del recurso deberá reunir los requisitos exigidos por el artículo 115 de la LPAC.

Sobre la competencia para la resolución del recurso, corresponde ésta al mismo órgano que dictó el acto impugnado. De conformidad con lo previsto en el artículo 115.c) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, se permite delegar la facultad de resolver los recursos de reposición, puesto que lo dispuesto en el artículo 9.2.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que prohíbe delegar la resolución de los recursos en los órganos que hayan dictado los actos objeto del mismo, no se refiere a los recursos de reposición sino *"a la resolución de los recursos ordinarios o de alzada que se interponen ante el órgano superior jerárquico, porque si éste pudiera delegar su competencia resolutiva"*

ria en el órgano inferior que dictó el acto recurrido se desnaturalizarían los recursos ordinarios o de alzada", como manifiesta el TS en Sentencia de 2 de junio de 2003.

De acuerdo con el artículo 88 de la LPAC, la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Con arreglo a este artículo, las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 35 de la LPAC (entre los que se encuentran las resoluciones de recursos administrativos).

A la vista de lo expuesto, así como de la documentación remitida desde el ayuntamiento, el recurso objeto del presente informe cumple los requisitos formales para su tramitación, por lo que procede su admisión a trámite a fin de examinar las pretensiones de la recurrente y decidir su estimación o desestimación.

TERCERO.- Sobre las pretensiones del recurso planteado: en síntesis, el recurso pretende una modificación de la OEP, de manera que la forma de provisión del puesto de administrativo (C1) sea por promoción interna (y no por oposición, tal como figura en la resolución publicada). La recurrente apoya su pretensión en la supuesta vulneración de su derecho a la promoción interna, que le corresponde como auxiliar administrativo del ayuntamiento (puesto que viene ejerciendo como funcionaria desde el 10 de octubre de 2005), en atención al acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del ayuntamiento y la normativa contenida en el TREBEP, así como en la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (en adelante, LFPE). Asimismo, señala un trato desigual respecto de anteriores procesos de provisión de otros puestos de trabajo, convocados por promoción interna.

CUARTO.- Sobre los límites a la promoción interna: según señala la STS de 21 octubre de 2020 *"el art. 16 [del TREBEP] define la promoción interna como una faceta de la carrera profesional, señalando que: "3. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: [...]. c) Pro-*

moción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18^º”.

1.- En el ámbito local, el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) destaca en su apartado primero que “1. Las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria”.

En relación, específicamente, con la subescala administrativa de administración general, el artículo 169 del TRRL (de carácter básico de acuerdo con su disposición final 7ª) y, por tanto de aplicación preferente (sobre los acuerdos al respecto entre las partes), limita la promoción interna a un máximo del 50%. La vigencia del citado artículo fue ratificada por la Sentencia del TS de 12 marzo de 2008, que confirma la anulación del acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya sobre fomento de la promoción interna (ARCEPAFE), por considerarlo contrario a las previsiones que se establecían en el artículo 169.2 del TRRL sobre reservas de plazas, previsiones que por razón de rango de este Real Decreto Legislativo, y por su carácter básico, debían prevalecer sobre las del ARCEPAFE, quedando al margen de las posibilidades de negociación. En el mismo sentido, más recientemente, reproduce una argumentación similar la Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 18 junio de 2018 (fundamento jurídico segundo).

2.- Es cierto que, tal como señala la recurrente, la LFPE dispone, en su artículo 106.3, que “en cada oferta de empleo público se reservará para procesos de promoción interna un número de plazas no inferior al diez por ciento del total de las vacantes que constituyen dicha oferta”. En el caso que nos ocupa, la aplicación de este límite mínimo a la OEP requeriría la reserva para promoción interna de al menos una de las cuatro plazas que ésta incluye (no necesariamente la de administrativo). Sin embargo, al tratarse de una única plaza por escala, su convocatoria por promoción in-

terna superaría el límite máximo de reserva del 50% por convocatoria del artículo 169 del TRRL (que, como queda dicho, tiene carácter básico).

Lo expuesto pone de manifiesto una colisión entre ambos artículos, de manera que la solución a la cuestión habría de conjugar el derecho a la promoción interna de los empleados públicos (que reconoce el artículo 35 de la Constitución) con el derecho general de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (con base en el artículo 23 de la norma fundamental).

Sin embargo, no puede obviarse que la aplicación de la LFPE se circunscribe, por lo que respecta al ámbito local, a *“aquellos aspectos no reservados a la legislación del Estado”* (ex artículo 3.1b) de la LFPE), por lo que debe concretarse la procedencia de aplicar o no este límite mínimo de la LFPE al ámbito local, que responderá al reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El artículo 149.1 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre, entre otras materias, *“la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos”* y *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”*.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye a la Comunidad Autónoma de Extremadura, entre otras, competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia de régimen estatutario de los empleados públicos (artículo 10.1.1 del Estatuto, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura). Así pues, la norma autonómica sobre esta materia queda circunscrita al desarrollo de las bases dictadas por el Estado. Afirmación que refuerza el artículo 90.2 de la LRBRL, con arreglo al cual *“corresponde al Estado establecer (...) las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores”*.

Debe tenerse en cuenta, sobre el particular, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (valga, por todas, la de 19 de noviembre de 1992), que impide la convocatoria del 100% de las plazas por promoción interna, por subvertir el principio general de acceso libre, en condiciones de igualdad, a la función pública.

Resulta particularmente interesante, sobre esta cuestión, la Sentencia del TSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2015 (rec. 140/2015) que, si bien es anterior a la LFPE, desarrolla una argumentación plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa. Destaca, acertadamente, la citada sentencia *“la fuerza del principio general de acceso libre, que deriva del derecho fundamental señalado en el art.23.2 CE cuando se trata de una sola plaza, que hace ceder al derecho a promoción interna del art.35 CE (derecho sin la protección cualificada de aquél y sujeto a desarrollo legal) en casos como el aquí juzgado en que toda excepción a la regla general requiere cumplida prueba de la necesidad, conveniencia y adecuación de la opción por la promoción interna. Y así, en el presente caso no consta en el expediente ni en autos circunstancia negocial con sindicatos o con la representación del personal, dato objetivo o derivado del contenido del puesto que aconsejen o fundamente la opción por la excepción referida a la cobertura por promoción interna. Así, el señalado carácter básico del límite máximo del 50% de reserva de plazas (que se calculará respecto del total de cada convocatoria), fijado en el artículo 169 del TRRL, determina su prevalencia y aplicación directa al ámbito local, que no puede verse contrariada por el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios al servicio del ayuntamiento. Así pues, mediante negociación colectiva podrá acordarse un porcentaje de reserva de plazas para promoción interna, respetando siempre el límite máximo del 50% correspondiente a cada convocatoria”*.

3.- Argumenta asimismo la reclamante que el artículo 13 del Acuerdo por el que se regulan las relaciones de trabajo entre los funcionarios del Ayuntamiento de ----- y la Corporación Municipal establece que *“la Mesa General de Negociación consensuará el porcentaje que se ofertará en cada convocatoria por el turno de Promoción Interna que en todo caso tendrá que ser como mínimo el 50% de las plazas”*. Se refiere este artículo a las plazas ofertadas en cada convocatoria, por lo que tal acuerdo ha de ceder, necesariamente, ante las exigencias derivadas de la limitación del artículo 169 del TRRL, ya citado, cuando se trate de convocar una única plaza (nece-

sariamente de acceso libre, ya que lo contrario supondría una reserva a promoción interna del 100% de las plazas para su cobertura por promoción interna).

QUINTO.- Sobre el margen de actuación del ayuntamiento: como se ha visto, la OEP se encuentra vinculada a las determinaciones de la RPT, en el sentido de que ha de limitarse a determinar las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso (de acuerdo con el artículo 70 del TREBEP). En los términos descritos en el fundamento primero del presente informe, la OEP no es el instrumento idóneo para establecer las condiciones de ingreso en los distintos cuerpos o escalas, según hemos visto que viene señalando la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo.

Como queda expuesto, el Ayuntamiento no tiene la posibilidad de convocar la plaza de administrativo en promoción interna y, en consecuencia, no está vinculado a las exigencias del recurso, en el sentido de modificar la OEP.

No obstante, si el Ayuntamiento desea, como se solicita en el recurso, valorar el esfuerzo e historial profesional, la capacidad de trabajo, así como la formación y cualificación adquirida con el paso del tiempo por los trabajadores, cabría la posibilidad de establecer como sistema de acceso el concurso-oposición. Sin embargo, en ese caso el ayuntamiento debe tener en cuenta que la convocatoria estaría abierta a trabajadores de otras administraciones públicas, que pudieran acreditar méritos superiores a los de la recurrente en cuestión.

Si finalmente optara por esta posibilidad, el ayuntamiento debería modificar la RPT en ese sentido, previa negociación colectiva.

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El recurso de reposición planteado cumple los requisitos de la LRJAP, por lo que debe ser admitido a trámite.

SEGUNDA.- Al suponer el acceso a un cuerpo o escala superior (de auxiliar administrativo a administrativo), la promoción interna que pretende el recurso se configura como una forma de acceso (y no como una simple provisión de puesto de trabajo, que podría darse entre puestos de la misma escala). Por ello, el derecho de la recurrente a la promoción interna no es un derecho absoluto, sino que debe conjugarse con la libertad de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (derivada del artículo 23 de la Constitución).

En el ámbito local, el artículo 169 del TRRL (de carácter básico de acuerdo con su disposición final 7ª) y, por tanto de aplicación preferente (sobre los acuerdos al respecto entre las partes), limita la promoción interna a un máximo del 50% de cada convocatoria, lo que hace imposible la reserva de la única plaza de la escala administrativa para su cobertura mediante promoción interna. Lo contrario supondría una reserva del 100%, limitativa del derecho de libre acceso a la función pública que reconoce el artículo 23 de la Constitución.

TERCERA.- Es cierto que, tal como señala la recurrente, la LFPE dispone, en su artículo 106.3, que *“en cada oferta de empleo público se reservará para procesos de promoción interna un número de plazas no inferior al diez por ciento del total de las vacantes que constituyen dicha oferta”*.

Sin embargo, la aplicación de la LFPE al ámbito local se circunscribe a *“aquellos aspectos no reservados a la legislación del Estado”* (ex artículo 3.1b) LFPE), por lo que no procede aplicar el límite mínimo de la LFPE a este caso, atendiendo al reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura (y, en concreto, al artículo 90.2 de la LRBRL).

CUARTA.- El artículo 13 del Acuerdo por el que se regulan las relaciones de trabajo entre los funcionarios del Ayuntamiento de ----- y la Corporación Municipal, que establece un mínimo de reserva del 50% de las plazas de cada convocatoria, ha de ceder, necesariamente, ante las exigencias derivadas de la limitación del artículo 169 del TRRL, ya citado (ya que

lo contrario supondría una reserva a promoción interna del 100% de las plazas para su cobertura por promoción interna, lo que no resulta posible por la argumentación expuesta).

QUINTA.- La OEP no es el instrumento adecuado para la determinación de la forma de acceso, sino que se haya vinculada a lo dispuesto por la RPT (o instrumento análogo de organización de personal). Como queda expuesto, el Ayuntamiento no tiene la posibilidad de convocar la plaza de administrativo en promoción interna y, en consecuencia, no está vinculado a las exigencias del recurso, en el sentido de modificar la OEP.

No obstante, si el Ayuntamiento desea, como se solicita en el recurso, valorar el esfuerzo e historial profesional, la capacidad de trabajo, así como la formación y cualificación adquirida con el paso del tiempo por los trabajadores, cabría la posibilidad de establecer como sistema de acceso el concurso-oposición. Sin embargo, en ese caso el ayuntamiento debe tener en cuenta que la convocatoria estaría abierta a trabajadores de otras administraciones públicas, que pudieran acreditar méritos superiores a los de la recurrente en cuestión.

Si finalmente optara por esta posibilidad, el ayuntamiento debería modificar la RPT en ese sentido, previa negociación colectiva.