Informe de la Secretaría General sobre la oferta de empleo público para 2013 de la Diputación Provincial de Huesca

Antonio Serrano Pascual
Secretario general de la Diputación Provincial de Huesca

1. **Normativa aplicable**
2. **Fundamentos de derecho**
3. **Conclusión**

1. Normativa aplicable

– Artículos 10.4, 16, 18 y 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

– Artículo 23 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

– Artículos 134 y 169.2 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).

2. Fundamentos de derecho

Primero.– El artículo 10.4 del EBEP dispone que en el supuesto de funcionarios interinos nombrados por la existencia de plazas vacantes[1] –no, obviamente, cuando se trata de la sustitución transitoria de los titulares, de la ejecución de programas de carácter temporal o de nombramientos por excesos o acumulaciones de tareas– esas vacantes deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

En parecidos términos –aunque resulta irrelevante una previsión diferente, ya que estamos ante una norma básica– se refleja ello también en la legislación autonómica, como sucede, por ejemplo, con el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo artículo 7.4 establece que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios.

Por otro lado, el artículo 70 del EBEP señala que en todo caso la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, debiendo publicarse en el diario oficial correspondiente, en este caso el Boletín Oficial de Aragón, pudiendo contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Segundo.– La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, regula en el artículo 23 la oferta de empleo público para el presente ejercicio, que viene a reproducir prácticamente[2] la previsión de la LPGE para 2012, aunque permite llegar al cien por cien de la tasa de reposición de efectivos, para plazas de policías locales, siempre que se trate de entidades locales que cumplan o no superen los límites que fije la legislación reguladora de las Haciendas locales o, en su caso, las leyes de Presupuestos Generales del Estado, en materia de autorización de operaciones de endeudamiento. Además, deberán cumplir el principio de estabilidad al que se refiere el artículo 11.4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, tanto en la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediato anterior como en el presupuesto vigente. En relación con este último, los respectivos

1. El EBEP no contempla la problemática del personal laboral temporal contratado con cargo a vacantes.
2. Algunas novedades, no obstante, dentro del límite del 10 % de la tasa de reposición de efectivos, se introducen en materia de plazas relacionadas con el control de subvenciones públicas, asesoramiento jurídico, gestión y control de la asignación eficiente de los recursos públicos...

Cuadernos de Derecho Local (QDL)
ISSN: 1696-0955, núm. 33, octubre de 2013, pp. 188-192
Fundación Democracia y Gobierno Local

plenos de las entidades locales, dice este precepto que deberán aprobar un plan económico-financiero en el que se incluya la medida a la que se refiere la presente norma, y se ponga de manifiesto que, igualmente, se da cumplimiento al citado principio de estabilidad presupuestaria, acreditándolo la correspondiente entidad local ante el MHAP, previamente a la aprobación de la convocatoria de plazas.

Tercero.– El Tribunal Supremo, en una muy relevante sentencia, de 29 de octubre de 2010, RJ\2010\8233, de la que ha sido ponente el magistrado don José Díaz Delgado, recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la oferta de empleo público del Gobierno de Aragón, para 2007, en el recurso de casación promovido por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa[3] contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de mayo de 2008, que casa y anula, y estima el recurso contencioso-administrativo.

El Alto Tribunal rechaza, en primer lugar, la oposición de CCOO, que alegaba la falta de legitimación de la Asociación –resulta gratificante, en este sentido, que el Tribunal Supremo reconozca la legitimación del mundo asociativo funcionarial en pro de la adecuada aplicación de la legalidad vigente en materia de empleo público–, y condena al Gobierno de Aragón, anulando la oferta de empleo público de 2007, sobre la base de las previsiones del artículo 10.4 del EBEP[4], en el sentido de que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Considera el Tribunal Supremo que estamos ante una ilegalidad que afecta a un derecho fundamental, el previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978, de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, derecho fundamental de configuración legal, y lo razona de la forma siguiente:

"[…] pues no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo que bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudieran haberse ofertas públicas, al no existir vacantes. Pero ello ocurrirá si los tribunales calificadores no cumplen con el rigor de la exigencia de la capacidad y mérito necesario a la hora de seleccionar, no teniendo por qué cubrirse todas las vacantes en el mismo proceso de selección.

"Tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes".

De este fallo ya se ha hecho eco la doctrina más autorizada, como Sánchez Morón, en dictamen[5] de septiembre de 2011, página 5, que parte de reconocer que las altas tasas de interinidad "no tienen justificación alguna, ni en términos jurídicos ni de buena administración", situación que "beneficia en exclusiva a quienes accedieron a un empleo público de manera supuestamente provisional mediante criterios poco o menos rigurosos o incluso, en no pocos casos, sin publicidad y competencia alguna y excluye la posibilidad del resto de los ciudadanos de participar en procedimientos de selección en condiciones de igualdad".

Además, sobre esta misma cuestión, referida al acuerdo del Gobierno de Aragón aprobatorio de la oferta de empleo público para 2007, la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa interpuso un recurso contencioso-administrativo, en este caso por el procedimiento ordinario, recurso de casación núm. 5911/2009, en el que ha recaído sentencia, del

3. Puede consultarse el blog de la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa en http://asocfuncionpublica.blogspot.com.es/

4. Así como de lo dispuesto en el artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, al establecer también que las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios.

5. Véase el Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección, que puede consultarse en http://www.aciae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html

Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2012, de la que también ha sido ponente el magistrado don José Díaz Delgado, en la que el Alto Tribunal se reitera en el contenido de la anterior sentencia citada, de 29 de octubre de 2010, pero considera que no viene obligado a pronunciarse nuevamente sobre las mismas pretensiones y deba entenderse producida la pérdida sobrevenida de objeto "por ser el objeto al que se circunscribe el pronunciamiento de la repetida sentencia, de 29 de octubre de 2010, cuando declara la nulidad del Decreto 67/2007, 'en tanto omite en la misma todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos'".

Estamos, por lo tanto, ante jurisprudencia del Tribunal Supremo, al reiterarse en esta segunda sentencia sobre el contenido del fallo sentado en la primera de ellas, cuya claridad y relevancia son innegables, y que, por su contundencia, debe tener las necesarias consecuencias en el conjunto de las Administraciones Públicas.

El problema de la inclusión de las vacantes cubiertas con personal interino tiene una nueva perspectiva, a partir de las LPGE de 2012 y 2013, en cuanto que prohíben la aprobación de ofertas de empleo público, con las excepciones en determinados sectores de hasta el 10 % de la tasa de reposición de efectivos, o del 100 % para la Policía municipal, en la LPGE para 2013, o el desarrollo de ofertas derivadas de ejercicios anteriores.

En este sentido, nos puede surgir la duda de si en este caso esta jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue siendo de aplicación, y la respuesta debe pasar por la misma conclusión, es decir, las vacantes cubiertas con interinos deben incluirse necesariamente, salvo que se decida su amortización o se trate de nombramientos para interinos sin cargo a vacante –por sustitución transitoria de titular, programas de carácter temporal o acumulación de tareas–, por lo que la prohibición de aprobación de ofertas de empleo público no puede referirse a ofertas que afectan a este tipo de vacantes cubiertas con personal interino, en cuyo caso existe no ya la posibilidad sino la obligación ineludible de incluir estas plazas para su acceso en el marco de lo previsto en la legislación básica de empleo público.

Hay que considerar, en este orden de cosas, que el Tribunal Supremo trata de hacer una lectura acorde entre las LPGE y el EBEP, de forma que, aunque no lo haya dicho expresamente, parece que las prohibiciones o limitaciones para aprobar ofertas de empleo público contenidas en aquellas operarían respecto de las plazas no cubiertas interinamente o de las que pudieran crearse en las plantillas.

Además, hay que tener en cuenta la reciente sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 10 de febrero de 2012, de la que ha sido ponente la magistrada doña Nerea Juste Díez de Pinos, recaída en un nuevo recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa, recurso núm. 328/2011, procedimiento especial de derechos fundamentales, en esta ocasión contra el Decreto 83/2011, de 5 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2011 de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el Decreto 133/2011, de 14 de junio, que modifica la anterior disposición.

La Asociación demandante solicitaba la inclusión en la oferta de empleo de 2011 de todas las plazas reservadas a funcionarios y trabajadores, cubiertas por personal interino o temporal, a las que venía legalmente obligado el Gobierno de Aragón, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, y, subsidiariamente, con los límites establecidos por la legislación presupuestaria. En el periodo probatorio se puso de relieve que afectaba a 1589 funcionarios interinos –además de los 679 puestos reservados– y a 776 contratados laborales temporales interinos –de los cuales 43 eran puestos reservados–.

El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no puede ser más rotundo, cuando declara: "Pues bien, a tenor de la anterior doctrina es obvio que la Administración demandada vulneró el principio de igualdad en el acceso a la función pública, al omitir en la oferta de empleo público la relación de las vacantes cubiertas por personal interino sin que pueda inferirse conclusión distinta de las Leyes de Presupuestos estatal y autonómica […]".

En este sentido, recuerda que la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, prevé en su artículo 23, como antes hemos indicado, que durante 2011 el número total de plazas de nuevo ingreso será, como máximo, igual al 10 % de la tasa de reposición de efectivos, incluyendo dentro de ese límite los puestos y plazas desempeñados por personal interino por vacante, contratado o nombrado con anterioridad, excepto aquellos sobre los que exista reserva de puesto de trabajo, que estén incursos en procesos de provisión o se decida su amortización, sin tomar en consideración las plazas afectadas por procesos de consolidación de empleo contemplados en la Disposición transitoria 4.ª del EBEP.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón añade: "[…] sin que a tenor de la doctrina que emana de la

Cuadernos de Derecho Local (QDL)
ISSN: 1696-0955, núm. 33, octubre de 2013, pp. 188-192
Fundación Democracia y Gobierno Local

sentencia del Tribunal Supremo referida pueda sostenerse que exista identidad entre la oferta de plazas de nuevo ingreso para el sector público que, como máximo será el 10 % de la tasa de reposición de efectivos, con la oferta de empleo público de las plazas cubiertas por personal interino, que con arreglo a los preceptos legales y doctrina enunciada deben ser incluidas[6], sin que la Administración a tenor de lo expuesto pueda aducir motivos económicos y de autoorganización para no dar cumplimiento a lo anterior".

En consecuencia, el TSJ de Aragón estima el recurso especial de derechos fundamentales interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa en la parte referida de los decretos citados, que se anulan y se dejan sin efecto, "en cuanto omiten en los mismos todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos […]".

Cuarto.– En otro orden de cosas, pero también ligado a la oferta de empleo público –partiendo de que ya hemos señalado que las interinidades con cargo a vacantes deben ser incluidas en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo que se decida su amortización–, nos encontramos ante la incidencia de la promoción interna en relación con las prohibiciones o, en su caso, las limitaciones de aprobación de ofertas de empleo público de las Administraciones Públicas.

En este sentido, en consulta elevada a la Dirección General de la Función Pública, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por esta Diputación Provincial, en fecha 3 de febrero de 2012, se preguntaba al Ministerio si las promociones internas del personal, en el caso de amortizarse las plazas vacantes de origen resultantes de la promoción y, en su caso, junto con la minoración de otras partidas del presupuesto para compensar el coste de la indicada promoción, debían entenderse excluidas de la aplicación de la limitación presupuestaria –en este caso contenida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público–.

Asimismo se preguntaba al Ministerio si la prohibición solo afectaba a la imposibilidad de convocar ofertas de empleo, o si se podría proceder a la creación de plazas y al nombramiento de personal interino para las mismas, dentro de los supuestos excepcionales contemplados por las leyes de Presupuestos Generales del Estado.

En la respuesta de la Subdirección General de Planificación de Recursos Humanos y Retribuciones, de fecha 15 de febrero de 2012, se indica que la promoción interna forma parte de la planificación de recursos humanos, que es competencia de cada Administración Pública, a tenor de lo previsto en el artículo 69 del EBEP, y se precisa que el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, se refiere a oferta de empleo público, entendiendo por tal el acceso a las distintas Administraciones Públicas del personal de nuevo ingreso , con lo que de un modo implícito viene a reconocer que siguen siendo plenamente válidos los procesos de promoción interna en las Administraciones Públicas, siempre que, como también recuerda, cualquier promoción interna o contratación o nombramiento cuente con las correspondientes disponibilidades presupuestarias del Capítulo I del presupuesto de gastos de la Administración de que se trate.

En esta misma respuesta ministerial, que comentamos, también se señala que la creación de puestos de trabajo, así como el nombramiento de personal temporal, es competencia de cada Administración Pública, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 69 del EBEP, en el marco de la capacidad autoorganizativa de cada Administración para la planificación de sus recursos humanos, recordando también que tiene carácter básico la limitación para contratar personal temporal o el nombramiento de funcionarios interinos, como ya vimos anteriormente. Por ello, el Ministerio, aunque no lo afirma con claridad, está reconociendo esta posibilidad de creación de plazas en el marco de la capacidad de autoorganización.

En cuanto al alcance de la promoción interna, hay que tener en cuenta que forma parte de la carrera profesional de los funcionarios de carrera (artículos 16 y 18 del EBEP), con eficacia demorada, y también ha de recordarse el carácter abierto de los procesos selectivos que ordena el artículo 61 del propio EBEP, aunque añada que sin perjuicio de lo previsto para la promoción interna.

Asimismo, habrá que tener en cuenta la existencia de la posible normativa específica que obligue a unos determinados porcentajes máximos para la promoción interna, como sucede con el artículo 169.2 del Real

6. El TSJ de Aragón llega a diferente conclusión por lo que se refiere al personal laboral, al considerar que "difícilmente pueden ser ofertadas aquellas que cuando se convocó el concurso de traslados no era posible conocer su disponibilidad […]".

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), que ha pasado a tener naturaleza básica[7], precepto sobre el cual la jurisprudencia[8] del Tribunal Supremo ha determinado su vigencia, a pesar de que se venía sosteniendo que había sido afectado por el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local.

Esta limitación en materia de promoción interna, aspecto que deberá observarse en la provisión de dos plazas de administrativo de Administración General cubiertas con funcionarios interinos, conforme a los datos obrantes en el expediente, en la actualidad afecta a los dos administrativos interinos, por lo que una de dichas plazas debería cubrirse por el turno libre, en aplicación de lo previsto en el artículo 169.2 TRRL, entendiendo, aunque esta opinión pueda ser discutible, que el resto de plazas de administrativo de Administración General, al estar cubiertas en comisión de servicios con personal propio de la corporación, no entrarían en el cómputo para los porcentajes a reservar por el turno libre.

Quinto.– Finalmente, hay que recordar la necesidad de desarrollar y ultimar las convocatorias para la provisión de plazas resultantes de ofertas de empleo público anteriores de la Diputación Provincial de Huesca, correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, a fin de dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 70 del EBEP, cuyo detalle figura en el expediente obrante en Recursos Humanos.

3. Conclusión

Única.– La jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia en los fundamentos de derecho precedentes, supone la obligación de incluir necesariamente en la oferta de empleo público para 2013 las plazas vacantes incluidas con personal interino –excepto los casos de interinos nombrados para puesto reservado o para programas temporales o por acumulación de tareas en los términos del EBEP–, salvo que se decida su amortización, sin que a ello afecten las restricciones o prohibiciones de las diferentes leyes de Presupuestos Generales del Estado, conforme se indica en la citada jurisprudencia y en la sentencia del TSJ de Aragón, también comentada, de 10 de febrero de 2012.

El incumplimiento de la obligación de incluir en las ofertas de empleo público las plazas cubiertas interinamente con cargo a vacante, constituiría una violación del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978, frente a la cual los titulares de intereses legítimos, sean individuales o colectivos (entre los que están las asociaciones de funcionarios, sindicatos, interesados...), pueden interponer, además del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento ordinario, ante la inactividad de la Administración a que alude el artículo 29.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el procedimiento especial por el cauce preferente para la defensa de los derechos fundamentales, e incluso acudir, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la promoción interna, se deben respetar los límites previstos en el artículo 169.2 TRRL para la Subescala Administrativa de Administración General, pudiendo considerarse que el límite del 50 % previsto en el artículo 134 debe computarse dentro del conjunto de plazas a incluir en la oferta de empleo público para 2013.

Lo que tengo el honor de informar, sin perjuicio de dictamen mejor fundado en derecho. ■

En Huesca, a 24 de abril de 2013

7. En aplicación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

8. Así resulta de las SSTS de 12 de marzo de 2008, RJ\2008\2299, y de 30 de abril de 2008, RJ\2008\5263, que vienen aplicando los tribunales superiores de justicia, como se aprecia con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 27 de diciembre de 2011, RJ\2011\59063, en la que se declara –ante el supuesto de hecho de un ayuntamiento con una sola plaza de administrativo y la pugna entre el derecho a la carrera profesional y la promoción interna, frente al acceso libre– que "la promoción interna no puede constituir un derecho absoluto que vaya en contra de los intereses públicos o de otros igualmente dignos de protección. En ese sentido, hay que significar que las expectativas de promoción profesional de los funcionarios o la defensa que de ellos se haga no pueden constituirse en un fin en sí mismo que deba prevalecer sobre las necesidades de organización ni sobre derechos de otros ciudadanos", y teniendo en cuenta también el artículo 134 TRRL, se llega a la conclusión de que no cabe en este caso la promoción interna.

Cuadernos de Derecho Local (QDL)
ISSN: 1696-0955, núm. 33, octubre de 2013, pp. 188-192
Fundación Democracia y Gobierno Local