



Roj: **STS 5039/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5039**

Id Cendoj: **28079130072015100318**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **401/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo núm. **401/2014** interpuesto por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de la "Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa, contra , Real Decreto 228/14 de 4 de abril. Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso contra el Real Decreto 228/14 4 de abril , sobre oferta Publica de Empleo.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda. En el escrito de demanda, se solicita a la Sala dicte sentencia , estimando íntegramente el recurso

TERCERO .- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, el Abogado del Estado presenta el escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica a la Sala dicte sentencia que desestime íntegramente las pretensiones del demandante imponiendo a la parte contra las costas del proceso.

CUARTO .- Mediante auto de 12 de diciembre de 2014 se acuerda el no recibimiento a prueba del pleito, el cual fue recurrido por la parte recurrente, resolviéndose el mismo por auto en el que se acuerda no haber lugar al recurso de reposición.

QUINTO .- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

SEXTO .- Señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso el día **VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL QUINCE**.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la Asociación para la defensa de la función Pública Aragonesa interpone recurso contencioso contra el Real Decreto 228/14 de 4 de abril. El eje central de su demanda es la violación por el citado Real Decreto del artículo 23.2 de la Constitución Española , en relación con el artículo 10.4 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público , en cuanto este configura el derecho a que se refiere el precepto constitucional que se dice infringido, invocando al efecto la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2010, Recurso 2448/08 , resaltando que tal infracción viene provocada por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado al hacer una interpretación del artículo 10.4 de la Ley



7/1007 contrario al artículo 23.2 de la Constitución Española . Analiza el recurrente el alcance de derecho de acceso al empleo publico, su no posibilidad de limitación, resaltando que la tasa de reposición que se establece en la Ley 22/2013 causa unos daños superiores al resultado favorable que pudiera derivarse de la contención del gasto, analizando finalmente la vinculación de Jueces y Tribunales a los Derechos Fundamentales.

En nuestro análisis, tal y como ya se hizo en la sentencia de esta Sala de fecha 13 de noviembre de 2013, Recurso 44/2013 en el que por lo mismo el recurrente se planteaba cuestión análoga a la que aquí se suscita, debemos empezar señalando que el artículo 21.1 de la Ley 22/2013 dice : " Uno. 1 .A lo largo del ejercicio 2014 no se procederá en el sector público delimitado en el artículo anterior, a excepción de las sociedades mercantiles públicas que se registrarán por lo dispuesto en la disposición adicional vigésima de esta Ley y de los Órganos Constitucionales del Estado, a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y marinería profesional necesarias para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima tercera. La limitación contenida en el párrafo anterior alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del estatuto Básico del Empleado Público. 2. - Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación contenida en el apartado anterior no será de aplicación a los siguientes sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fijará hasta un máximo de 10 por ciento: A) A las Administraciones Públicas con competencias educativas para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes. [...]. 3. - Para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje máximo a que se refiere el apartado anterior se aplicará sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que durante el ejercicio presupuestario de 2013 dejaron de prestar servicios en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpo o categorías, previstos en el apartado anterior y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismo en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos se computarán los ceses en la prestación de servicios por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa. No computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos, aquellas plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna."

A la vista de lo anterior debemos destacar que en la Sentencia de esta Sala y Sección de 1 de abril de 2009, recurso de casación 4203/2004 , en su FJ 5º, se dijo sobre el alcance que debe otorgarse a una *Oferta de empleo público* : (a) *consiste tan sólo en determinar las plazas vacantes que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio anual a que está referida; (b) no conlleva ni produce la iniciación del correspondiente proceso administrativo destinado a seleccionar y nombrar las concretas personas que habrán de ocupar dichas plazas, pues esto corresponde a la ulterior convocatoria que ha de realizarse con esta finalidad....."*

Por tanto, independientemente de lo vertido en la STS de 29 de octubre de 2010 , debe estarse al marco regulador del período controvertido. No ha de olvidarse que en la antedicha STS recaída en el recurso de casación 2448/2008 constataba en su FJ segundo que el art. 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad de Aragón sostiene 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"*.

En consecuencia si el poder legislativo decidió establecer una determinada tasa de reposición de empleo público para el periodo de vigencia de la Ley 22/2013 a ello debemos estar.

En efecto, tal y como señala el Sr. Abogado del Estado, el precepto citado de la Ley 22/2013 dado su rango legal, exceptúa, por tanto, para 2014 lo que determina el artículo 10.4 del EBEP , sobre inclusión en la oferta de empleo público del ejercicio en que se produce su nombramiento, de las plazas vacantes desempeñadas por funcionarias interinos. Efectivamente, si el citado artículo 21.1 de la Ley 22/2013 , prohíbe que a lo largo de 2014 se proceda en el sector público a la incorporación de nuevo personal, excepto en los sectores que indica y hasta un porcentaje de la tasa de reposición del 10%, es obvio que durante dicho ejercicio de 2014 no opera el mandato contenido en el EBEP. Por tanto, el Real Decreto que aprueba la DEP ara 2014 de acuerdo con lo que determinan aquel precepto legal, no infringe en nada el artículo 10.4 del EBEP .

Tampoco se infringe lo establecido en el artículo 23.2 de la CE por el solo hecho de prohibir la incorporación de nuevo personal al sector público durante 2014. El citado precepto reconoce del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, pero se refiere al acceso cuando se produzcan



las convocatorias correspondientes, y siempre con arreglo a los requisitos que determinen las Leyes, uno de los cuales es que autorice la incorporación de nuevo personal con arreglo a la OEP y se efectúen las correspondientes convocatorias.

En consecuencia, si la Ley 22/2013 prohíbe la incorporación de nuevo personal durante este ejercicio falta el requisito de previa oferta legal de empleo público en ese ejercicio, por lo que no cabe acceso al mismo, por faltar el requisito legal de esa oferta de plazas de incorporación de nuevo personal, lo que respeta plenamente lo que determina el artículo 23.2 de la CE .

En fin, cita también la recurrente la infracción de dicho precepto constitucional en relación con el artículo 103.3 de la CE ; no obstante, no argumenta en qué lo infringiría el Real decreto impugnado. Los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública han de respetarse en las convocatorias que se hayan de efectuar para atender la oferta de empleo público, pero no, en la OEP que no existe. No se aprecia en qué puede infringir dicho precepto constitucional por no incluir en la OEP de 2014 plazas de nuevo ingreso y, entre ellas, las desempeñadas por funcionarios interinos, que no se ofertan por a prohibición comprendida en el artículo 21 de la Ley 22/2013 .

Del mismo modo debemos manifestar que la sentencia del TS, de 29 de octubre de 2010 (RJ/2010/8233), no es aplicable al supuesto de autos, por referirse a un Decreto autonómico y a "funcionarios y empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Aragón", al tiempo que se trata de un recurso, el de la instancia, seguido por el procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la persona.

En el recurso anterior, el 2210/2007, se trataba por otra parte, de delimitar si los funcionarios afectados de la Comunidad Autónoma de Aragón tenían derecho a que se ofertaran y por tanto se anunciaran las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos, equiparando los dos grupos de funcionarios.

A mayor abundamiento, aquella Oferta de Empleo Público no se encontraba limitada, como acontece ahora, por una norma de superior rango, cual es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que impide expresamente "incorporar nuevo personal en el sector público", a excepción de un 10% e la tasa de reposición en determinados sectores.

Por tanto, de dicha sentencia se deduce que la doctrina contenida en la sentencia de 29 de octubre de 2010 , rec.ordinario nº 2448/2008, no es aplicable al caso, ya que en el supuesto contemplado en ésta se resolvía sobre un supuesto en que la OEP de la Comunidad de Aragón que no se ajustaba a la normativa de función pública de la misma aplicable en aquel momento, lo que no es nuestro caso. Por el contrario, en la STS de 20-11-2013 se determina que ".....ha de estarse al marco regulador del período controvertido" así como a "... que si el poder legislativo en uso de sus facultades decidió que los Cuerpos funcionaria/es al servicio de la Administración de Justicia no debían ser objeto de convocatoria de plazas, a ello debemos estar".

La recurrente reconoce que la Ley 22/2013 establece un determinado concepto de tasa de reposición que vienen aplicando las sucesivas ofertas de empleo público, el artículo 21 de la Ley 22/2013 , que, en su opinión, infringiría el artículo 23.2 de la CE .

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio viene considerándose por parte del Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para imitar la oferta de empleo público como medida de política económica. Al respecto debe citarse la STC número 178/2006, de 6 de junio que dice:

"En segundo lugar, tal y como también hemos recordado con ocasión de los límites de las retribuciones de los funcionarios (entre otras, SSTC 171/12996, de 30 de octubre (RTC 1996,171), F.4, y 24/2002, de 31 de enero (RTC 2002, 24), F.5) debe reconocerse la idoneidad de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en tanto vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno, para limitar la oferta de empleo público. De ahí que de acuerdo con nuestra jurisprudencia, no resulte forzado reconocer que un precepto como el aquí analizado pueda hallar cobertura competencial en el título de ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE)".

En consecuencia, no puede admitirse el argumento de la recurrente de que el artículo 21 de la Ley 22/2012 infringe el artículo 23. 2 de la CE por el solo hecho de restringir temporalmente la OEP como medida de política económica, ni, por tanto, su pretendida inconstitucionalidad, ni la del Real decreto impugnado que aprueba, con arreglo a dicha norma legal, la OEP para 2014.

No existe inconstitucionalidad alguna, ni concurren los presupuestos de hecho precisos para que esta Sala plantee, cuestión de inconstitucionalidad, en especial, a la vista de que ya nos hemos pronunciado sobre esta mismas cuestiones en la sentencia más arriba reseñada de 20 de noviembre de 2013, Secc. Séptima, rec. 44/2013 .



Tampoco una pretendida desproporción entre las plazas puede fundamentar una ilegalidad del Real decreto impugnado. Las plazas de promoción interna se corresponden con el correlativo derecho legal de los funcionarios de carrera; no infringe la prohibición que establece el artículo 21 de la Ley 22/2013 y, en fin, es un instrumento de planificación de personal y organización de los recursos humanos de las AAPP.

Invoca la recurrente unas presuntas irregularidades en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado. En definitiva, alega vulneración del artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno .

La norma impugnada no incurre en ninguna de las irregularidades que invoca la recurrente, ni en infracción del precepto legal mencionado. Existe la correspondiente propuesta, los informes técnico precisos y la correspondiente memoria de análisis de impacto normativo prevista en el artículo 3 del Real decreto 1083/2009, de 3 de julio , que la regula, basta para ello ver el contenido del expediente administrativo y de la ampliación del mismo remitido el 30 de septiembre de 2014; el documento que aparece bajo el núm. 3 es suficiente para asumir que el proyecto ha sido elaborado y aprobado por quien tenía competencia para ello; la memoria del análisis del importe normativo, documento 4, más allá de que la copia aportada no este firmada nadie ha puesto en duda su autenticidad; la ampliación de expediente; que en los documentos 5, 6 y 7 del inicialmente remitido aparecen las actuaciones y estudios practicados, así como que, en contra de lo que dice la recurrente, el informe del Secretario General Técnico es de fecha 31-III-2014 y, la memoria del análisis de impacto normativo de 2 de abril de 2014, por tanto de fecha posterior.

En fin, no es admisible la alegación de que el Real Decreto impugnado no cita para nada el artículo 23.2 de la CE , pues se ignora para qué, y por qué sería necesaria esa cita.

SEGUNDO .- Desestimado el recurso contencioso procede la condena en costas al recurrente con el límite de 3.000 euros al amparo del artículo 139 de la Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Publica Aragonesa representada por el Procurador Sr. Calleja García contra Real Decreto 228/2014 con expresa condena en costas a la recurrente con el límite de 3.000 euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi el Secretario, certifico.