



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., mediante escrito de fecha 18 de octubre pasado, registrado de entrada en Diputación el día 11 de noviembre, solicita de este Departamento de Asistencia a Municipios la emisión de un Informe jurídico sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para tratar de subsanar los errores cometidos con ocasión de la tramitación del expediente de aprobación de la Oferta de Empleo correspondiente a 2011, con el fin de poder así mantener en sus plazas a los funcionarios que actualmente las ocupan.

Con dicha finalidad, la primera autoridad municipal nos remite una prolija documentación compuesta por sendas copias de las diferentes actuaciones y resoluciones adoptadas tanto por los diferentes órganos municipales intervinientes en el asunto como por otras instancias ajenas a éstos, entre las que cabe destacar, por la importancia que tiene para las conclusiones del informe solicitado, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Toledo, cuyo fallo anula el Decreto de la Alcaldía por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público para el año 2011.

A los efectos indicados, el Sr. Alcalde nos informa también que la expresada Oferta contenía *"dos promociones internas de funcionarios correspondientes a la escala técnica y una consolidación de empleo y una promoción libre (sic) de dos auxiliares administrativos"*, así como que, tras la notificación de la referida sentencia, el Ayuntamiento ha recurrido ésta ante el Tribunal Superior de Justicia de Albacete en el plazo legalmente establecido.

Pues bien, una vez examinado el conjunto de los documentos remitidos y analizado el contenido de todos aquéllos que hemos considerado de interés para la contestación que daremos a las cuestiones planteadas, consultada la legislación y la doctrina jurisprudencial que consideramos de aplicación al caso, que en su momento se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Antes de responder a cuestiones tan genéricas como las planteadas sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir – suponemos que para subsanar la Oferta de Empleo anulada –, es oportuno recordar al Ayuntamiento que estando en estos momentos el asunto sujeto a la decisión que pueda en su día adoptar el Tribunal Superior de Justicia, lo más prudente ahora sería, en la medida en que la sentencia impugnada no es firme todavía tras la presentación del recurso de apelación – aunque pueda solicitarse su ejecución provisional¹ –, dejar las cosas como están hasta que dicho Tribunal se pronuncie y solo entonces, dependiendo del sentido del fallo, actuar en consecuencia.

Por eso, nuestra respuesta a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, cuando, como decimos, existe un proceso judicial abierto, la vamos a articular en términos de exposición estricta de la legalidad aplicable y partiendo de la efectiva anulación del Decreto de la Alcaldía por el que se aprobó la controvertida Oferta de Empleo, llevada a cabo por la citada sentencia de instancia. De ahí también que nuestra respuesta, tal vez, no satisfaga plenamente las expectativas albergadas inicialmente por la Alcaldía, en la medida en que, iniciado el referido proceso judicial y conocido ya el sentido del fallo del órgano de instancia, nada nuevo podremos añadir nosotros hasta que el proceso se sustancie en su totalidad y podamos conocer entonces el sentido último e inapelable del fallo judicial.

En tales circunstancias, por tanto, aun considerando que las cuestiones planteadas por el Sr. Alcalde son suficientemente conocidas por el personal técnico municipal, y con el fin de no dejar sin respuesta la petición formulada, a continuación nos vamos a limitar a reflejar la legislación aplicable al respecto de la aprobación de las

¹Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 84.

1. La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquéllos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



correspondientes Ofertas de Empleo Público por las Entidades locales, así como el cauce procedimental a seguir en el supuesto de que el Tribunal Superior mantenga, como intuimos que hará, el sentido del fallo del de instancia.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, teniendo en cuenta que el expediente de aprobación de la impugnada Oferta de Empleo se inició a finales de 2010, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley autonómica 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha – cuya entrada en vigor tuvo lugar a finales de septiembre de 2011 –, el conjunto normativo que, en dicha fecha, disciplinaba la materia objeto de informe estaría compuesto, en primer lugar, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), cuyo artículo 2.1 delimita su ámbito de aplicación, al decir que, *"Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: (...) Las Administraciones de las Entidades Locales"*, por su parte, el artículo 3.1 siguiente establece de forma clara que, *"El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local"*.

Entre la *legislación estatal* de que habla el citado precepto legal, o las *normas vigentes* a que se refiere la Disposición Final Cuarta del propio texto legal, en su número 3² – incluyendo, por tanto, no solo leyes formales o actos legislativos con fuerza de Ley, sino también disposiciones administrativas de carácter general –, cabría citar, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL, en adelante); 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, en aquellas partes que no hayan sido derogadas expresa o tácitamente; el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que deben ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de

² 3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Administración Local; así como, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, de aplicación supletoria a todas las Entidades locales.

En base a la referida legislación, lo primero que hay que destacar es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70³ del EBEP, la figura jurídica de la Oferta de Empleo Público es un instrumento necesario para la provisión y cobertura mediante personal de nuevo ingreso de las plazas vacantes de cualquier Entidad local que cuenten previamente con la correspondiente dotación presupuestaria. Es, pues, un instrumento de gestión puesto al servicio de la provisión "*de las necesidades de personal*" de dichas Entidades, cuya aprobación – antes de la entrada en vigor de las actuales restricciones en materia de personal operadas por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 – debía tener lugar con carácter anual y ser objeto de publicación en el Diario Oficial correspondiente. Por otra parte, la competencia para su aprobación corresponde al Alcalde, según lo dispuesto en el artículo 21.1, letra g), de la LRBRL, quien la acordará "*de acuerdo con el presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno*".

En segundo lugar, hay que destacar también – en la misma línea argumental defendida por la sentencia de instancia – que deberán ser objeto de negociación, entre otras materias, y conforme a lo previsto en el artículo 37.1, letra l), del citado EBEP, "*Los criterios generales sobre ofertas de empleo público*". Dicha negociación, según lo

³ **Artículo 70. Oferta de empleo público**

1. *Las necesidades de recursos humanos, con asignación 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.*

2. *La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.*

3. *La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



previsto en el siguiente artículo 38.1⁴ del EBEP, debería haberse desarrollado entre los representantes designados por el Ayuntamiento y por las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos y en el ámbito de la correspondiente mesa de negociación, de forma que, una vez constatada por el Juez de instancia la ausencia de la indicada negociación, el fallo de la sentencia no podía ser otro que la anulación del Decreto de la Alcaldía por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2011.

Por último, cabe señalar también que el defecto imputable a la resolución de la Alcaldía, tras la omisión del trámite de negociación de los criterios generales sobre la Oferta de Empleo Público aprobada, puesto de manifiesto por el fallo de la sentencia de instancia, no es un incumplimiento que pueda calificarse de adjetivo o meramente formal, sino que, por el contrario, determinaría la nulidad de pleno derecho de la referida resolución, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial – aunque no lo diga así expresamente la aludida sentencia de instancia –, por lesionar el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad sindical, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1, letra a), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante), según el cual, serán nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que *"lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"*.

No obstante lo anterior, para concluir esta primera parte de nuestro informe es oportuno recordar también que, en palabras del propio Tribunal Supremo, *"dicho deber de negociar no ha de implicar necesariamente el deber de llegar a un acuerdo, por lo que la falta del mismo no puede impedir a la Administración el ejercicio de sus potestades autoorganizativas"* (Sentencia de 18/05/2011, citada por el juzgador de instancia); o, lo que es igual, que *"para poder considerarse válidamente cumplido [el*

⁴ **Artículo 38. Pactos y Acuerdos**

1. En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



requisito de la negociación], *lo que precisa es que se haya ofrecido a los representantes de los funcionarios, a través de un debate realizado en condiciones de igualdad y realmente contradictorio, la posibilidad de participar en el proceso de formación de la decisión administrativa que esté legalmente sujeta a la necesidad de dicha negociación*” (Sentencia de 30/11/2011).

SEGUNDO

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, relativa al procedimiento a seguir al objeto de poder subsanar el defecto que ha motivado la anulación del Decreto de la Alcaldía de aprobación de la Oferta de Empleo, ya hemos visto en el punto anterior como la ausencia de un elemento esencial como es la negociación, en los casos en que ésta resulte exigida legalmente (como ocurre en el sometido a nuestra consideración), supone no solo la nulidad de pleno derecho del acto viciado, como hemos dicho, sino también la de los posteriores dictados a su amparo. Resultando irrelevante, a tales efectos, determinar si estamos en presencia de uno u otro de los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62 de la LRJPAC, como se ha encargado de mostrar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2009, al decir, aunque referido a un supuesto de aprobación sin negociación de una RPT, lo siguiente: *"Por ello, habiendo dicho ya esta Sala que la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento, y en consecuencia hace nulo al acto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin necesidad de entrar en si estamos o no ante el supuesto previsto en el artículo 62.1.a) de dicha norma, la sentencia acierta cuando considera nulo el acuerdo impugnado, resolviendo la cuestión de forma congruente con el suplico de la demanda"*.

Eso es, al menos, lo que se deduce de lo dispuesto en el citado artículo 70 del EBEP, según el cual, la aprobación de la oferta de empleo público, que cuenta con singularidad y autonomía propia, se constituye sin embargo en un requisito previo y obligatorio para la selección de todo el personal municipal, sea funcionario o laboral, a la vez que en un presupuesto básico de cualquier convocatoria pública de empleo, hasta el



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



punto de condicionar la celebración de cualquier proceso selectivo, si antes no ha sido publicada la existencia de la vacante mediante dicha oferta de empleo público. Es decir, del mismo modo que las plazas no ofertadas no pueden ser objeto de los preceptivos procesos de selección y provisión, anulada la oferta, las actuaciones posteriores, realizadas en orden a la selección y provisión de las vacantes incluidas en ella, quedarán igualmente anuladas y sin efecto.

Por consiguiente, si lo que el Ayuntamiento quiere, en las circunstancias actuales, es subsanar los defectos que determinaron la nulidad de la oferta, con el fin declarado de *"mantener en sus correspondientes plazas a los funcionarios que actualmente las ocupan"*, lo que deberían hacer es retrotraer todo el procedimiento viciado al momento previo a la aprobación de la referida oferta e iniciar un nuevo procedimiento ajustado a Derecho. Ahora bien, lo que el Ayuntamiento no puede pretender de entrada con su nueva actuación es mantener en sus plazas, como llega a decir, a los funcionarios que en estos momentos las ocupan, pues, si éstos deben o no mantenerse dependerá, finalmente, del resultado de los procesos selectivos que obligatoriamente deberán celebrarse, con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Por otra parte, mientras tenga lugar la tramitación y resolución de los nuevos procedimientos de oferta, selección y provisión de las plazas afectadas por la anulación de la oferta, los empleados públicos que actualmente las ocupan deberían volver a sus antiguos puestos de trabajo, del mismo modo que debería volver a la situación previa a la aprobación de la oferta de empleo anulada la plantilla de personal aprobada por el Pleno de 16 de diciembre de 2010.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden en modo alguno sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 20 de noviembre de 2013