



Roj: **STSJ CLM 1628/2018 - ECLI: ES:TSJCLM:2018:1628**

Id Cendoj: **02003330022018100389**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **18/06/2018**

Nº de Recurso: **184/2017**

Nº de Resolución: **311/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JAIME LOZANO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 00311/2018

Recurso núm. 184 de 2017

Toledo

SENTENCIA Nº 311

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATI VO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:3

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Jaime Lozano Ibañez

D. Ricardo Estévez Goytre

D. Constantino Merino González

En Albacete, a dieciocho de junio de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **184/17** el recurso contencioso administrativo seguido a instancia de **SINDICATO DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS DE CASTILLA-LA MANCHA (STAS-CLM)**, representado por la Procuradora Sra. Collado Jiménez y dirigido por el Letrado D. Manuel Gómez-Calcerrada Guillén, contra el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE TALAVERA DE LA REINA**, que ha estado representado por el Procurador y dirigido por el Letrado D. Emilio Gutiérrez Gracia, sobre **ACUERDO MARCO**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El SINDICATO DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS DE CASTILLA-LA MANCHA (STAS-CLM) interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo nº 201, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina el 15 de diciembre de 2016, y por el que se aprobó la modificación del artículo 13.2º del vigente Acuerdo Marco del Personal Funcionario del



Ayuntamiento de Talavera de la Reina (BOP de Toledo de 19 de diciembre de 2016); así como contra la resolución de 23 de febrero de 2017, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anterior.

SEGUNDO. - Recibido el expediente administrativo, se dio traslado del mismo al demandante, quien formuló su demanda, en la cual, tras exponer los hechos y fundamentos que entendió procedentes, terminó solicitando la estimación del recurso contencioso-administrativo planteado.

TERCERO.- La Administración presentó contestación a la demanda, y en ella, tras exponer a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, se presentaron escritos de conclusiones, tras de lo cual se señaló votación y fallo para el día 17 de mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El acuerdo de 15 de diciembre de 2016 del Pleno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina modificó artículo 13.2º del Acuerdo Marco del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Talavera de la Reina.

La redacción anterior a la modificación era la siguiente:

"2.- Las vacantes que se produzcan en cualquiera de los centros pertenecientes al Ayuntamiento se proveerán con arreglo al siguiente orden:

Reasignación de efectivos.

Concurso de traslados voluntarios.

Si hay cuatro plazas o más ofertadas: por cada categoría el 25 por 100 a promoción interna y el 75 por 100 a turno libre; y si son menos de cuatro de plazas, el 50 por 100 a promoción interna y el 50 por 100 a turno libre, sumando al turno libre los restos".

La redacción aprobada por el acuerdo que ahora se impugna es la siguiente:

"2.- Las vacantes que se produzcan en cualquiera de los centros pertenecientes al

Ayuntamiento se proveerán con arreglo al siguiente orden:

1.- Reasignación de efectivos.

2.- Concurso de traslados voluntarios.

3.- Promoción Interna, para lo cual se cumplirá que un mínimo del 50% del conjunto de las plazas vacantes que se oferten se reservarán para el turno de Promoción Interna, siempre que sea posible por la naturaleza de las plazas, concretándose tanto el porcentaje final como el detalle de su distribución en Mesa de Negociación. Las plazas convocadas por Promoción Interna que queden vacantes terminado el procedimiento de provisión, se acumularán al turno libre.

4. Turno Libre".

El Sindicato recurrente considera ilegal la regla según la cual se reservará a promoción interna un mínimo del 50 % de las plazas; y ello tanto en cuanto que establezca un porcentaje que no puede rebajarse, como en cuanto que permite la posibilidad de aumentar dicho porcentaje -pues lo reputa meramente *mínimo*-, de modo podría llegar a incrementarse en convocatorias concretas incluso hasta el 100 %, lo cual resultaría contrario, dice, a los principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso a los cargos públicos reconocido en el art. 23.2 CE . El recurrente cita las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1992 y 20 de enero de 1992 , según las cuales el hecho de que se eliminase del art. 22 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública , en su día el límite del 50 % a la promoción interna, no quiere decir que pueda reservarse todo el acceso a dicho sistema de promoción, pues ello vulneraría el derecho al acceso libre de todos quienes posean la titulación correspondiente. También se hace cita de la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 2016 (recurso 356/2015).

El Ayuntamiento de Talavera responde a la demanda indicando lo siguiente. La nueva redacción del Acuerdo se limita a establecer un mínimo; si después, en las concretas convocatorias, se hace uso de la posibilidad de elevar por encima de ese 50 %, el interesado podrá impugnar la correspondiente convocatoria en caso de entender que el porcentaje es contrario al art. 23.2 CE ; pero la impugnación del propio acuerdo se basa meramente en conjeturas e hipótesis que aún no se han realizado. El recurrente pretende hurtar el derecho de negociación colectiva de los trabajadores. Por otro lado, la promoción interna también es un procedimiento



de selección que respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad. La modificación del Acuerdo Marco responde al cambio legislativo acaecido a raíz de la aprobación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha suprimido el porcentaje máximo para la promoción interna, quedando así derogadas -se señala en el escrito de conclusiones- las limitaciones de los arts. 134 y 169 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local. Este EBEP ha dejado en manos de las CCAA la legislación al respecto, y es la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha la que establece que con carácter general será la promoción interna la forma normal de acceso. Las sentencias citadas por el demandante son anteriores al EBEP y a la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha y en cualquier caso aluden a supuestos en los que había una reserva de plazas del 100 % para la promoción interna.

SEGUNDO .- Dado que, como acabamos de ver, la defensa que el Ayuntamiento de Talavera de la Reina hace del Acuerdo Marco impugnado se basa, entre otros argumentos, en la existencia de modificaciones legales que habrían hecho factible y legal dicha modificación, debemos comenzar por analizar el marco legal en que se encuadra el asunto, porque sin determinarlo previamente no será posible decidir sobre la legalidad de la modificación impugnada. Aunque el planteamiento de la demanda no es exactamente de legalidad ordinaria, sino más bien vinculado a una apreciación general del art. 23.2 CE en relación con los límites a la promoción interna, creemos que no es preciso en absoluto el planteamiento de la tesis del art. 33.2 LJCA , pues el Ayuntamiento sí hace explícito este planteamiento al contestar y en conclusiones y, por tanto, la cuestión está planteada y abierta a la decisión mediante la aplicación del *iura novit curia*. En cualquier caso, el planteamiento de legalidad ordinaria está también en la demanda, aunque sea de modo implícito, pues, alegado por el demandante que la regulación debe ser anulada por contradecir el art. 23.2 CE , no puede olvidarse que este precepto, como es sabido, es de configuración legal, de modo que lo primero que habrá que analizar para encarar el alegato del demandante, antes de plantearnos aplicaciones directas del precepto constitucional, es si su concreta configuración legal permite atender a la petición de anulación.

Pues bien, el art. 22 de la Ley 30/1984 , de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), estableció en su regulación original, como norma básica, que podría reservarse a promoción interna "hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas".

El 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), en sus arts. 134.1 y 169.2 estableció, primero, la posibilidad general de reservar a promoción interna hasta un máximo del 50 % de las plazas convocadas; y, segundo, un 25 % fijo para la Subescala Técnica; un 50 % fijo para la Subescala de Administrativa, y el sistema de oposición libre para la Auxiliar y Subalterna.

La Ley 23/1988 modificó la LMRFP y, en este punto, eliminó del art. 22 la referencia a la posibilidad de reservar hasta un 50 % para promoción interna.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992 , recordando la función de mera refundición de normas que corresponde a un Texto Refundido, indicó que la referencia del TRRL a los límites a la promoción interna venía tomada de la LMRFP (aunque, decimos nosotros, podría dudarse de este aserto a la vista de los arts. 91.3 y 92.3 Real Decreto Legislativo 3046/1977); siendo así, concluyó que la eliminación del límite en el art. 22 LMRFP debía implicar igualmente la eliminación de tales límites en el TRRL; sin perjuicio de que, añadía, ello no puede llevar a entender que el sistema de promoción interna pueda regir sin limitación, en atención a los principios de libre acceso conforme a mérito y capacidad; cosa que también expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de noviembre de 1992 (la cual, dicho sea de paso, sí considera vigente el límite del art. 134 TRRL).

Ahora bien, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, volvió a hacer que el artículo 169.2 del Texto Refundido de Régimen Local cobrase plena vigencia cuando en su art. 60.4 modificó la DF 7ª del TRRL haciéndole decir lo siguiente: " b) En las materias reguladas por los Títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas. En todo caso, tendrán carácter básico los artículos 167 y 169 ". De este modo, aunque el Estado hubiera renunciado en la Ley 23/1988 a establecer una norma básica aplicable a todas las Administraciones Públicas, aquí estableció una regla básica para las Administraciones Locales (véase en el mismo sentido la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 27 de dic de 2011).

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), estableció en su art. 18 , con carácter de norma básica (DF 1) lo siguiente:

"1. La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto.



2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas.

3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

Asimismo las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

4. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional".

La DF cuarta estableció que este precepto produciría efectos desde la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dictasen en desarrollo del Estatuto. Por su parte, la Disposición Derogatoria única solo derogó expresamente, del TRRL, el Capítulo III del Título VII, en el que no se encuentra el art. 169.2.

La Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (LEPCLM) es la norma autonómica dictada al amparo del EBEP. Su art. 65 regula la promoción interna del siguiente modo:

"1. La promoción interna se realiza mediante procesos selectivos, de acuerdo con lo previsto en este artículo y, en su defecto, en el título IV.

2. Para poder participar en los procesos selectivos de promoción interna el personal funcionario de carrera debe poseer los requisitos exigidos para el acceso al cuerpo o escala al que promocióne y tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el cuerpo o escala desde el que se promocióne.

Para el cómputo del plazo de dos años previsto en el párrafo anterior también se tendrá en cuenta, en los términos previstos en los artículos 115.3, 119.5 y 120.2, el tiempo en que se permanezca en las situaciones de servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares y excedencia por violencia de género declaradas en el cuerpo o escala desde el que se promocióne.

Para el personal funcionario de carrera procedente de otra Administración pública y que se encuentre en su Administración de origen en la situación de servicio en otras Administraciones públicas por haber obtenido un puesto de trabajo con carácter definitivo mediante las formas de provisión previstas en esta Ley, el cómputo del plazo de dos años previsto en el primer párrafo de este apartado se computará desde la fecha en que tome posesión del primer destino definitivo en la Administración de destino, siempre que dicho puesto esté adscrito al cuerpo o escala desde el que se promocióne.

3. La promoción interna se efectúa a través del sistema de concurso-oposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47.2.b).

En la fase de concurso deben valorarse, entre otros méritos, el tramo de carrera horizontal reconocido en el cuerpo o escala de procedencia, la formación y conocimientos adquiridos y la antigüedad.

4. Con carácter general, la promoción interna será el sistema de acceso a los siguientes cuerpos de personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha:

- a) Cuerpo Superior de Administración.
- b) Cuerpo Superior Técnico.
- c) Cuerpo Superior de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- d) Cuerpo Superior de Administración del Patrimonio Cultural.
- e) Cuerpo Superior de Ciencias de la Naturaleza.
- f) Cuerpo Ejecutivo.

Asimismo, la promoción interna podrá ser también, con carácter general, el sistema de acceso cuando en un cuerpo del subgrupo A1 exista una especialidad en la que se exijan las mismas titulaciones académicas que en otra especialidad de un cuerpo del subgrupo A2 de su mismo itinerario profesional.

No obstante, podrá accederse a los cuerpos previstos en este apartado por los sistemas generales de acceso libre y de acceso de personas con discapacidad cuando una parte o la totalidad de las plazas vacantes convocadas por promoción interna no se cubran, cuando se trate de procesos selectivos a determinados puestos de trabajo o en otros supuestos excepcionales.



5. *Los procesos selectivos para la promoción interna se deben realizar mediante convocatorias independientes de las del sistema general de acceso libre.*

Las plazas no cubiertas pueden acumularse a las convocadas por el sistema general de acceso libre para el acceso al mismo cuerpo o escala y, en su caso, especialidad.

6. *Las personas aspirantes que superen un proceso selectivo por el sistema de promoción interna tendrán derecho a que se les adjudique destino en el puesto que vinieran desempeñando, siempre que dicho puesto esté adscrito también al cuerpo o escala al que se promociona.*

Quienes ejerciten este derecho quedarán excluidos de la adjudicación de destinos por el orden de puntuación del proceso selectivo".

En fin, el 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, mantiene el texto antes indicado del EBEP en su art. 18 .

Llegados a este punto, no podemos estar conformes con el Ayuntamiento de Talavera cuando afirma que el EBEP y la LEPCLM han eliminado la previsión del art. 169.2 TRRL, declarada expresamente básica por la Ley 53/2002 . El EBEP se limita a recoger con carácter básico la posibilidad de la promoción interna, a indicar los requisitos para poder participar en ella y a remitir a las leyes autonómicas la articulación de los sistemas de promoción interna; absteniéndose de derogar expresamente el art. 169.b TRRL, pese a que la Disposición Derogatoria no olvida dicho TRRL en sus previsiones. En cuanto a la LEPCLM, según el Ayuntamiento de Talavera, establece el carácter general de la promoción interna para el acceso; pero esta observación olvida que dicha disposición (art. 65.4) afecta únicamente a ciertos cuerpos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que incluso se designan por sus concretos nombres, inaplicables por completo a los Cuerpos de Administración Local. Es obvio que no resulta posible entender que esta previsión sea de aplicación a la Administración Local, pues se refiere solamente a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y a sus concretos Cuerpos. Es cierto que el art. 2 de la Ley señala su aplicación a las Administraciones Locales, pero el precepto en cuestión alude solo a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y a sus Cuerpos, y de acuerdo con el art. 2.2, para su aplicación general, debería haber aludido a "las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha"; no hay posibilidad de aplicación fuera de lo que sería una aplicación puramente "analógica", que está fuera de lugar como enseguida veremos (en este sentido, debemos rectificar lo que se dijo con criterio distinto en la sentencia de la sección 1ª en el recurso de apelación 352/2011).

En efecto, la aplicación analógica está fuera de lugar porque a falta de regulación por parte de la LEPCLM de cualquier límite (o de la afirmación explícita de que no hay límite alguno), es claro que el art. 169.2 del TRRL no ha sido derogado ni afectado, ni explícita ni implícitamente, ni por el EBEP , ni por la LEPCLM. Cuando el art. 22 LMRFP fue modificado por Ley 23/1988 y dejó de mencionarse el límite del 50 %, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992 consideró afectado el TRRL porque según el Tribunal Supremo lo que había sido refundido en dicho TR era precisamente el art. 22 mencionado. Ahora bien, ahora lo que tenemos es una Ley estatal básica consistente en el art. 169.2 TRRL según Ley 53/2002 ; por tanto, no una norma que provenga de mera refundición de otra que se altera luego, sino una norma que con rango de Ley (Ley 53/2002) establece una regla con carácter básico. Esta regla por tanto seguirá vigente mientras otra con el mismo rango no la derogue explícita o implícitamente. La pregunta es pues si el EBEP o la LEPCLM conllevan una derogación implícita (pues desde luego explícita ya hemos visto que no, y ello pese a que el EBEP se encarga de derogar algunas partes del TRRL). Pues bien, tampoco hay en absoluto nada en el art. 18 que suponga una derogación implícita del art. 169.2 del TRRL, ni tampoco en la LEPCLM. Ya vimos cómo la combinación de las leyes estatales 23/1988 y 53/2002 hizo perfectamente compatible la no regulación de límites explícitos a la promoción interna en general con la existencia de tales límites a nivel local. En la actualidad lo que tenemos es una regulación para los cuerpos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contenida en la LEPCLM, y, para los cuerpos de la Administración Local, el art. 169.2 TRRL, vigente de acuerdo con la Ley 53/2002 y no derogado explícita ni implícitamente por norma alguna posterior.

TERCERO .- Dicho lo anterior, estamos en posición ya de examinar la legalidad del acuerdo impugnado, y en tal sentido procede rechazar la afirmación del Ayuntamiento demandado de que el acuerdo se funda en la previa alteración de la legalidad básica por el EBEP y la LEPCLM; pues ya acabamos de ver que estas normas no suponen derogación alguna del art. 169.2 TRRL según redacción dada por Ley 53/2002 .

Siendo así, la norma aprobada es claramente ilegal, pues según el art. 169.2 TRRL, se reservará un 25 % (como máximo y como mínimo) para la Subescala Técnica; un 50 % (también máximo y mínimo) para la Subescala de Administrativa; y el sistema de oposición libre para la Auxiliar y Subalterna. De modo que no es posible pactar un 50 % como regla general y obligatoria para todos los cuerpos, y además considerarla ampliable.



El recurso contencioso-administrativo ha de ser, pues, estimado, y, como disposición general que es el Acuerdo Marco, debe declararse la nulidad de pleno derecho del texto modificado (art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

CUARTO .- No procede hacer imposición de costas, habida cuenta de que el asunto presenta dudas de derecho, visto el tortuoso camino que es preciso seguir para determinar la legislación vigente en la actualidad en esta cuestión.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

1- Estimamos el recurso contencioso-administrativo planteado.

2- Declaramos la nulidad del acuerdo nº 201, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina el 15 de diciembre de 2016, por el que se aprobó la modificación del artículo 13.2º del vigente Acuerdo Marco del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Talavera de la Reina (BOP de Toledo de 19 de diciembre de 2016); así como anulamos de la resolución de 23 de febrero de 2017, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anterior.

3- No hacemos imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debiéndose preparar ante esta Sala en el plazo de 30 días con cumplimiento de los requisitos del art. 89.2 LJCA .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza **no** Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a dieciocho de junio de dos mil dieciocho.