

Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta  
Baja - 28004**  
Tlfs. 914934767-66-68-69  
33010310  
NIG: 28.079.00.3-2017/0008133



(01) 31974632886

## **Recurso de Apelación 762/2018**

**Recurrente:** D./Dña. MERCEDES PEDREIRA DE VIVERO  
D./Dña. SOCORRO MONTES DE OCA VERNAZA  
PROCURADOR D./Dña. ISABEL MORA GARCIA  
**Recurrido:** AYUNTAMIENTO DE MAJDAHONDA  
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

**SENTENCIA Nº 160/2019**

**Presidente:**

**D. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR**

**Magistrados:**

**Dña. MATILDE APARICIO FERNÁNDEZ**

**D. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES**

**D. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA**

En Madrid a 01 de marzo de 2019.

Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima) ha visto el recurso de apelación 762/2018 interpuesto por la Procuradora Doña Isabel Mora García, en representación de D<sup>a</sup> MERCEDES PEDREIRA DE VIVERO y D<sup>a</sup> SOCORRO MONTESDEOCA VERNAZA, contra la sentencia de 1 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de los de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 162/2017, sobre Oferta de Empleo Público.

Ha intervenido como parte apelada el Ayuntamiento de MAJDAHONDA, representado por Letrado de sus servicios jurídicos.

Y ha actuado como ponente Don Ignacio del Riego Valledor, magistrado de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de junio de 2018, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de Madrid dictó sentencia en el procedimiento abreviado número 162/2017, con el siguiente Fallo:

“Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Alfonso Reina Briasco, Dª Mercedes Pedreira De Vilero y Dª Socorro Montes De Oca Vernaza, contra el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Majadahonda nº 06404/2017, de fecha 27 de febrero de 2017 por el que se desestima el recurso de reposición de fecha 20 de enero de 2017 interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de diciembre de 2016, que aprueba la Oferta de Empleo Público de 2016. Declaro que dicha resolución es ajustada a Derecho y en consecuencia no se anula, ni se accede a los pedimentos de dichas recurrentes.”

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes, la representación procesal de los actores interpuso recurso de apelación; una vez admitido, se acordó dar traslado a la Administración.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones, se acordó formar rollo de apelación y al no haberse solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2019, fecha en que ha tenido lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Las apelantes forman parte de un grupo de concejales del Ayuntamiento de Majadahonda que impugnaron la Oferta de Empleo Público (OPE) aprobada en dicho Ayuntamiento para 2016, solicitando su anulación.

Muy resumidamente, alegaban las apelantes que conforme a la Ley de Presupuestos para el año 2016 (en adelante LGPE 2016), las Administraciones públicas solo podían aplicar una tasa de reposición de sus empleados fijos del 50%, salvo en determinados sectores en los que por ser considerados prioritarios, la tasa de reposición permitida era del

100%. Las plazas incluidas en la OPE 2016 suponen una tasa de reposición del 100%, siendo así que: 1) no se acredita el carácter preferente o prioritario de los puestos que se han repuesto al 100%, 2) no se justifica la acumulación de plazas en otros sectores o cuerpos diferentes de aquellos en los que la baja se ha producido, y 3) el número de plazas es erróneo, al incluir al personal interino para su cómputo.

Y consideran que la Sentencia de instancia, desestimatoria, adolecía de falta de motivación.

**SEGUNDO.-** Llevan razón las apelantes cuando afirman que, siendo la regla general para las Administraciones públicas la reposición del 50% de los efectivos (a determinar conforme a las reglas del art. 20.4 de la LGPE 2016), si el Ayuntamiento consideró que podía incluir en la OPE el 100% de reposición de sus efectivos, conforme excepcionalmente autorizaba la Ley, debió justificar la concurrencia de los requisitos precisos para ello, esto es, que las plazas a reponer se habían producido en uno de los sectores que la Ley de Presupuestos consideró prioritarios.

Y llevan razón asimismo las apelantes cuando indican que no existe en la Sentencia de instancia este estudio individualizado, plaza por plaza, preciso para determinar si podían ser repuestas el 100% de las indicadas o solo el 50%.

Es por ello que son insuficientes los razonamientos empleados por la Sentencia de instancia para desestimar el recurso, cuando afirma, citando un informe del Director de Recursos Humanos de 27 de febrero de 2017, que “la motivación de la inclusión de una determinada baja en un sector prioritario u otro, a efectos del cálculo de la tasa de reposición de efectivos correspondiente al ejercicio en cuestión, viene determinada por la propia descripción de los sectores que realiza el artículo 20 de la LPGE y su traslación al ámbito de la estructura organizativa municipal, donde la distinción entre sectores, debido a las dimensiones propias de la Administración municipal, no es tan nítida como en la Administración estatal o autonómica, y mediante la subsunción de cada baja producida en los sectores del artículo 20.uno.2 de la LPGE, tal y como consta identificado en la propuesta de la Administración(...)”.

Entendemos que ello es insuficiente, pues efectivamente la descripción de sectores que emplea la Ley de Presupuestos no tiene fácil traslación a la Administración Local, pero tal dificultad no significa que tenga que aceptarse de forma acrítica la subsunción que de cada baja hizo el Ayuntamiento en los distintos sectores del artículo 20.uno.2 de la Ley.

**TERCERO.-** No es discutible que los casos de reposición del 100% son la excepción a la regla general. Así lo indica la propia exposición de motivos de la LGPE 2016: “se establece una tasa de reposición del 50 por ciento, con carácter general. Excepcionalmente en este ejercicio se aumenta hasta el 100 por ciento la tasa de reposición permitida a ciertos sectores y administraciones considerados prioritarios”.

Como toda excepción, debe quedar justificada la concurrencia de los requisitos para su aplicación. Y precisamente la primera objeción de las apelantes es la de no haberse acreditado el carácter preferente o prioritario de los puestos que se han repuesto al 100%.

La LGPE 2016 enumera en su artículo 20.2 las Administraciones Públicas y los sectores en los que la tasa de reposición se fijará hasta un máximo del 100 por ciento. El expediente contiene un listado de las bajas a reponer mediante la OPE impugnada. De este listado debemos excluir las dos bajas producidas en Protección Civil (pues el Ayuntamiento considera pueden ser repuestas al 50%, es decir la regla general) así como la del Cabo de Policía, pues coinciden las apelantes que tendría claro encaje en el supuesto del artículo 20 Uno.2.c), de reposición al 100%.

De los supuestos restantes, el Ayuntamiento considera que pueden encajarse en el apartado e) las siguientes bajas:

- 1.- Oficial de Jardinería
- 2.- Jefe de Servicio (Intervención)

Dicho apartado e) permite la reposición al 100% en los sectores de control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y en materia de Seguridad Social, y del control de la asignación eficiente de los recursos públicos.

Entendemos que puede ser justificable incluir en este apartado una plaza de Jefe de Servicio adscrita a Intervención (por venir sus funciones relacionadas con el control de la asignación eficiente de los recursos públicos), no así la plaza de Oficial de Jardinería.

El expediente no contiene justificación alguna de por qué se considera que dicha plaza encaja en este epígrafe. La razón no se nos aparece como evidente o notoria, y ante esta ausencia de motivación no sirve alegar (como hace el informe de RRHH que cita la Sentencia, para este y otros casos) que se trata de cuestión negociada con las organizaciones sindicales, pues la tasa de reposición no es negociable, y para aplicarse la excepción debe justificarse que se da uno de los casos tasados, lo que en este caso no existe.

Seguidamente el Ayuntamiento incluye en el epígrafe f) las siguientes bajas:

- 1.- Administrativo (2)
- 2.- Oficial de Electricidad
- 3.- Jefe de Servicio (Urbanismo)
- 4.- Jefe de Negociado (RRHH)
- 5.- Jefe de Negociado (Secretaría)
- 6.- Administrativo (consumo)
- 7.- Jefe de Servicio (consumo)

El apartado f se refiere “a las Administraciones Públicas respecto del asesoramiento jurídico y la gestión de los recursos públicos.”

Se considera por tanto carente de justificación el encaje en este apartado de la totalidad de las plazas aquí enumeradas, ninguna de las cuales tiene como función caracterizadora propia y distintiva el “asesoramiento jurídico” o “gestión de recursos públicos”

Finalmente en el epígrafe o) se incluyen:

- 1.- monitora de yoga
- 2.- conserje escolar
- 3.- profesor de fotografía
- 4.- acompañante escolar

Dicho epígrafe consiste en “personal que presta asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales”

Si bien estamos ante un concepto abierto, como es el de “usuarios de servicios sociales”, si acudimos al art. 2 de la Ley 11/2003 de la CAM como guía interpretativa, vemos que servicios sociales son aquellos que tienen como finalidad la promoción del bienestar de las personas, la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficits de apoyo social, centrandose su interés en los factores de vulnerabilidad o dependencia que, por causas naturales o sobrevenidas, se puedan producir en cada etapa de la vida y traducirse en problemas personales, asegurando el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida, teniendo cubiertas las necesidades sociales, entendiendo como necesidades sociales las derivadas del derecho de la persona a realizarse como ser social en el ámbito convivencial, interpersonal y familiar, y en el relacional, entre el individuo y su entorno social.

Ninguna de las 4 plazas sirve, en sentido estricto, a las funciones que acabamos de mencionar, ni sus servicios cubren necesidades de asistencia directa a personas en riesgo de exclusión social.

**CUARTO.-** Si bien lo hasta aquí razonado ya conduce a la revocación de la Sentencia de instancia, con estimación del recurso contencioso administrativo, examinaremos brevemente los dos restantes alegatos de las apelantes.

Se afirma por estas que es improcedente que los efectivos repuestos al 100% lo sean en sectores distintos de aquellos donde se produjeron las bajas.

El supuesto viene regulado en el art. 20.6 de la LGPE: “Seis. La tasa de reposición de efectivos correspondiente a uno o varios de los sectores definidos en el artículo 20.Uno.2 podrá acumularse en otro u otros de los sectores contemplados en el citado precepto o en aquellos Cuerpos, Escalas o categorías profesionales de alguno o algunos de los mencionados sectores, cuya cobertura se considere prioritaria o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.”

La autorización que establece este apartado ha de entenderse igualmente excepcional, puesto que si la tasa de reposición al 100% se justifica por producirse en un sector prioritario, no es en principio explicable que no se utilice la autorización excepcional para cubrir dicha prioridad, sino otra distinta. El Ayuntamiento de Majadahonda proyecta utilizar esta posibilidad de acumulación en la totalidad de las plazas ofertadas, pues como explica el informe de RRHH citado por el Juez de instancia, “muchas de las vacantes producidas han resultado amortizadas en la plantilla presupuestaria, por lo que no son susceptibles de inclusión en la Oferta recurrida”.

No deja de ser sorprendente que las bajas se consideren producidas en sectores prioritarios a los efectos de crear una tasa de reposición del 100%, y seguidamente dichas plazas se amorticen. Ello viene a abundar en la conclusión que hemos alcanzado de que, en verdad, dichas bajas no se produjeron en sectores prioritarios acreedores de reposición al 100%.

En definitiva, ni las plazas que se acumulan proceden, salvo quizás en un caso, de los mencionados sectores, ni tampoco se justifica que tal porcentaje se acumule a sectores cuya cobertura resulte prioritaria o afecte al funcionamiento de servicios públicos esenciales: así la OPE 2016 incluye, sin ninguna explicación, plazas de bibliotecario, técnicos de administración general, administrativos, operador de servicios informáticos etc. En algunos casos la simple denominación de la plaza permite considerar que tal cobertura difícilmente es prioritaria o afecta al funcionamiento de servicios públicos esenciales. En otros casos, las plazas a ofertar podrían cumplir dichos requisitos, si así se explicase suficientemente mediante una descripción de sus funciones, pero esta explicación está ausente.

**QUINTO.-** Por último, y en cuanto a que el número de plazas es erróneo, al incluir al personal interino para su cómputo, se trata de una alegación vertida en el escrito de demanda, pero no mantenida en el recurso de apelación, lo que haría innecesario su examen. Sin perjuicio de ello, y en aras de completar el razonamiento, diremos que si lo sostenido por la parte es que el Ayuntamiento computa, dentro de las bajas, unas plazas que venían ocupadas por funcionarios interinos, ello no resulta del examen del expediente.

Si lo que se alegaba en la demanda era, por el contrario, que la tasa de reposición resultante de las bajas de empleados fijos se empleaba para incluir en la oferta plazas que estaban en algún caso cubiertas por interinos, ello es perfectamente viable: la Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2017 señala que “el extremo relevante en el precepto aplicado es que prohíbe la incorporación de nuevo personal por encima de la tasa de reposición de efectivos del 50% en los supuestos en que es aplicable y, al referirse expresamente a las ofertas de empleo público o instrumentos semejantes de gestión de personal, ese límite juega sin más excepciones que las expresamente previstas en el precepto entre las que *no se cuenta la de excluir del cómputo del porcentaje las plazas vacantes desempeñadas por interinos o eventuales*. La prohibición de contratar personal laboral y de nombrar interinos que también incluye el precepto de la Ley 36/2014 corrobora que no cabe excluir ninguna vacante para calcular dicho límite.”

La Sentencia de 2 de diciembre de 2015 también del TS (recurso de casación 401/2014) señala que sin perjuicio de la obligación legal de incluir en cada OPE las plazas cubiertas por funcionarios interinos (art. 10.4 EBEP), “debe estarse al marco regulador del período controvertido”, por lo que “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”, añadiendo, con referencia a la LGPE allí examinada (2013) “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”. De estas citas jurisprudenciales podemos inferir a sensu contrario que es factible la inclusión en la OPE de plazas cubiertas por funcionarios interinos, siempre que no se supere la tasa de reposición legalmente aplicable en cada caso.

**SEXTO.-** Los anteriores razonamientos conducen a la estimación del recurso y a la anulación de la OPE, en los términos solicitados en el recurso contencioso administrativo.

Sin embargo, como quiera que el Ayuntamiento apelado manifestó que las convocatorias para cubrir las plazas ofertadas estaban en algunos casos finalizadas, advertiremos que como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2009, recurso de casación 4203/2004 , el alcance de una Oferta de empleo público consiste tan



sólo en determinar las plazas vacantes que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio anual a que está referida, pero la OPE 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.

La estimación del presente recurso con la consiguiente anulación de la OPE recurrida entendemos que no afecta por sí misma al resultado de las convocatorias que eventualmente se hayan publicado y resuelto al amparo de la misma, las cuales ignoramos si han sido objeto de recurso. Recordamos al respecto que el Tribunal Supremo ha establecido jurisprudencia [STS de 18/01/2012 (RJ 2012\207) y STS de 21/12/2011 (RJ 2012\4506)] según la cual, en los procedimientos selectivos de concurrencia competitiva anulados, debe respetarse –en lo posible- los derechos de los aspirantes ya aprobados que, habiendo actuado de buena fe, no deben verse perjudicados por irregularidades de la Administración que en absoluto le son imputables (vid. FJ 5 de la primera de las sentencias citadas): “que en lo posible debe respetarse el derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables.”

**SEPTIMO.-** Estimado el recurso no procede condena en costas (art. 139 LJCA)

### **FALLAMOS**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> MERCEDES PEDREIRA DE VIVERO y D<sup>a</sup> SOCORRO MONTESDEOCA VERNAZA, contra la sentencia de 1 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 33 de los de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 162/2017, la cual revocamos, y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulamos la Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de Majadahonda para el año 2016, en lo referido al turno libre, sin condena al pago de las costas.