

**LA CIEGA APLICACIÓN DE LA TASA DE REPOSICIÓN
AL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE
UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala
de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 2014*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO:** La cuestión objeto de controversia es la interpretación y aplicación de la normativa estatal sobre restricción del acceso al empleo público al personal docente e investigador (en adelante PDI) de universidades públicas. Los hechos se producen bajo la vigencia 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, cuyo art. 3 congela el empleo público en el sentido de que no permite “la incorporación de nuevo personal” al servicio de las administraciones públicas durante el ejercicio 2012, previsión mantenida en las leyes de presupuestos para 2012, 2013 y 2014, con algunas modificaciones. No obstante, y bajo el condicionamiento de respetar, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación citada contempla algunos sectores y administraciones públicas a los que de manera excepcional se les permite una tasa de reposición del diez por ciento.

RESUMEN: La sentencia estima el recurso contencioso-administrativo del Abogado del Estado, declarando nulas las convocatorias y los correspondientes nombramientos por superación de la tasa de reposición del diez por ciento impuesta por la normativa para el personal de nuevo ingreso, sin que se acoja la alegación de los recurridos de que dichas plazas no deben computar en la citada tasa al tratarse de promoción profesional de un personal que no es de nuevo ingreso en la universidad y que, por tanto, no supone ningún incremento de efectivos para la administración pública. Tampoco considera la sentencia que la limitación del empleo público viole la autonomía universitaria reconocida en el art. 27.10 de la Constitución española, porque este derecho queda sometido a los términos que la ley establezca y la legislación básica del Estado no puede dejar de ser aplicada.

* Profesora C. Doctora y Titular de Universidad acreditada de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social.

** El calificativo de “ciega aplicación” de la tasa de reposición referida al personal docente e investigador de universidades públicas, se toma de C. A. Amoedo Souto y A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 157, 2013, p. 252.

ÍNDICE

1. AMBIGÜIDADES DE LA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A PLAZAS DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES
 - 1.1. Discutida aplicación de las medidas restrictivas del empleo público del Real Decreto-Ley 20/2011 a las universidades públicas
 - 1.2. Aplicación retroactiva de la Ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012
 - 1.3. Objetivo: reducir gasto público
2. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO TASA DE REPOSICIÓN Y SU FALTA DE ADAPTACIÓN AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS UNIVERSIDADES
 - 2.1. Plazas vacantes o plazas de nueva creación
 - 2.2. Doctrina del Tribunal Supremo
 - 2.3. La falta de adaptación del concepto “tasa de reposición” a las plazas de personal docente e investigador de universidades
3. INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ACCESO AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES

1. AMBIGÜIDADES DE LA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A PLAZAS DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES¹

1.1. Discutida aplicación de las medidas restrictivas del empleo público del Real Decreto-Ley 20/2011 a las universidades públicas

Tanto la universidad demandada como el PDI personado que había obtenido las plazas de profesor titular de universidad impugnadas, sostienen que las universidades no están contempladas en el art. 3.1 del Real Decreto-ley 20/2011, ya que la determinación de lo que se ha de entender por “el sector público” se contiene en el artículo 2.Uno de la citada norma -que incluye a la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia, así como a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia-, y en dicho precepto se recoge expresamente que tal determinación de lo que constituye el sector público lo es “a efectos de lo establecido en el presente artículo”, relativo a las “retribuciones

¹ La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra las resoluciones de 23 de mayo y 20 de junio de 2012 dictadas por la Universidad de Cádiz, por las que se convoca concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios, así como contra la resolución de 1 de junio de 2012, conjunta de la Universidad de Cádiz y del Servicio Andaluz de Salud, por la que se convoca concurso de acceso a plazas vinculadas de cuerpos docentes universitarios, ampliado por auto de 21 de marzo de 2013 a las resoluciones de 19 de noviembre de 2012 de la Universidad de Cádiz, por las que se nombran seis Profesores Titulares de Universidad, habiéndose personado éstos en los autos.

del personal y altos cargos del sector público”, y no a los efectos del art. 3 que recoge la congelación del empleo público.

Este argumento les lleva a sostener, por tanto, que la congelación del empleo público no afecta a las universidades, las cuales pueden convocar plazas de personal docente e investigador², en el ejercicio de su autonomía universitaria, conforme a sus estatutos³.

Para la Sala, el hecho de que la determinación de lo que se deba entender por “sector público” se establezca exclusivamente a los efectos del precepto que lo recoge -art.2- relativo a las retribuciones del personal y altos cargos del sector público, “sin embargo, no por ello el art. 3.1 relativo a la oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal es aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado”, a lo que se añade que “el apartado Seis de dicho precepto se dice que los apartados Uno, Dos y Cinco de este artículo tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.13^a y 156.1 de la Constitución” (FD 3), argumentos que ya sostuvo la misma Sala al resolver un recurso de apelación sobre impugnación de convocatoria de plaza de catedrático de universidad por la Universidad de Córdoba⁴.

Es decir, se entiende que la congelación del empleo público sí se aplica al personal docente e investigador de las universidades porque los apartados Uno, Dos y Cinco⁵ del discutido art. 3 tienen carácter básico⁶. El concepto de legislación básica ha sido analizado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, sin que lo podamos abordar en este lugar, pero sí al menos de manera sintética se puede recordar que deriva del reparto de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los supuestos en

² Art. 27.10 de la constitución española, y art. 2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cuyo apartado 1 establece que Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas y, en su apartado 2.i) incluye como contenido de dicha autonomía universitaria “El establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo”.

³ Art. 62.1 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, conforme al cual “Las universidades, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, convocarán concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto”.

⁴ Sentencia de 30 de enero de 2014, recurso de apelación 472/2013.

⁵ El apartado Cinco fue incluido en la corrección de errores publicada en el BOE número 8 de de 10 de enero de 2012.

⁶ Dichos apartados contienen como medidas para el ejercicio 2012, no proceder “a la “incorporación de nuevo personal” (Uno); no proceder a “la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (Dos); y la no aplicación de estas medidas a los sectores y administraciones públicas que se relacionan, en los que la tasa de reposición se fija en el diez por ciento (Cinco).

los que la Constitución española (CE) atribuye al primero la legislación básica en una determinada materia -como es el caso de la competencia ejercida por el Estado al aprobar el Real Decreto-Ley 20/2011, esto es, las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, recogida en el art. 149.1. 13ª CE-, que permite un posible desarrollo en lo no básico por las Comunidades Autónomas⁷. Ahora bien, el hecho de una norma tenga carácter básico no implica un uniformismo estricto en la regulación, ya que en la previsión global de esa materia son constitucionalmente posibles “una diversidad de regulaciones”, con un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan⁸.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las medidas tan drásticas que vino a imponer el art. 3 del RDL 20/2011, no sólo en lo que se refiere al empleo público sino por la afectación en la prestación a los ciudadanos de todo tipo de servicio público incluidos los esenciales, aunque sea legislación básica ello no exime de la fijación de su ámbito de aplicación, máxime teniendo en cuenta que “el Estado no puede agotar la regulación de la materia, que es menester que reserve un ámbito sustancial de la misma para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su propia competencia normativa”⁹. Nada impide pensar que, conforme a la interpretación constitucional del concepto de legislación básica, las universidades públicas como entes sin base territorial pero adscritas a una administración autonómica¹⁰ pudieran haber quedado para el legislador estatal en ese ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas más allá de la regulación básica. Dicho de otra manera, que entre los ámbitos públicos destinatarios de la medida de congelación del empleo público no hubiese estado originariamente el personal de las universidades.

Refuerza este argumento el hecho de que entre los sectores a los que el apartado Cinco del art. 3 permite una reposición del diez por ciento de efectivos no se contemple expresamente al personal de las universidades y sí en cambio 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

⁷ Según la STC 84/1982, en estos casos de competencia compartida la regulación de la materia “es el resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y la actividad concurrente de las Comunidades Autónomas”. De ahí que el Tribunal califique la regulación de una materia compartida como “bifronte”.

⁸ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Civitas, 2008, p. 302.

⁹ *Ibidem*, p. 303.

¹⁰ Que son todas las universidades públicas, salvo la Universidad Nacional de educación a Distancia que es la única de competencia del Estado. Vid. Título I y XI de la LOU. Para la Comunidad Autónoma de Andalucía, vid. art. 53.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes”. De haber estado en la mente del gobierno incluir en la congelación del empleo público al PDI de las universidades, habría contemplado también la tasa de reposición del diez por ciento para este personal, junto con los cuerpos docentes propios del ámbito educativo no universitario. Y, en efecto, es lo que se hace seis meses más tarde en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. Esta ley sí define ya el sector público al que se le aplican las restricciones de empleo, incluyendo a las universidades públicas, y permite expresamente una tasa de reposición del diez por ciento a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las universidades -art. 23-.

Todo conduce a pensar que la premura con la que se hizo la norma citada¹¹, llevó a que la misma fuera elaborada con muchas ambigüedades, y sin una clara delimitación del ámbito aplicativo de las medidas sobre empleo público, no siendo este aspecto el único que plantea serias dudas interpretativas. Se trata de una laguna jurídica en una norma que contiene medidas restrictivas de derechos que afectan al funcionamiento de los servicios públicos, incluidos los esenciales, laguna que impediría aplicar la norma por afectar a su ámbito de aplicación, lo que choca con el principio constitucional de seguridad jurídica. No lo entiende así la Sala al considerar aplicable al PDI de las universidades la norma objeto de discusión por tratarse de una regulación básica del Estado¹².

En este sentido, es significativo que la Abogacía del Estado no empezara a impugnar convocatorias de plazas a cuerpos docentes universitarios hasta mitad de 2012, es decir, coincidiendo con la aprobación de la Ley 2/2012 que sí contempla ya expresamente a las universidades como entes destinatarios de las medidas restrictivas del empleo. Sin embargo, las convocatorias objeto de impugnación en el presente caso son anteriores a la entrada en vigor de la citada ley, lo que lleva a los demandados a considerar que si el RDL 20/2011 no era aplicable a las universidades y la Ley 2/2012 es posterior a la convocatoria de las plazas impugnadas, estamos ante una aplicación retroactiva de la misma, restrictiva de derechos individuales, algo prohibido por el art. 9.3 CE.

¹¹ El presidente del Gobierno tomó posesión de su cargo el 21 de diciembre y los ministros el día 22 de diciembre, siendo aprobado el Real Decreto-Ley 20/2011, el 30 de diciembre de 2012. También apunta esta razón C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit.

¹² El Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA 22 de junio), que incluye en su ámbito de aplicación a las Universidades de titularidad pública competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 3), vino a establecer en materia de Oferta de Empleo Público que “*A excepción de los procesos de promoción interna, se suspende la ejecución de las ofertas de empleo público vigentes cuyas convocatorias no hayan sido publicadas a la entrada en vigor de este Decreto-ley*”, medida con ámbito temporal desde 23 de junio de 2012 a 31 de diciembre de 2013 -art.4-.

1.2. Aplicación retroactiva de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012

El anterior argumento sobre la no aplicación a las universidades del RDL 20/2011 en lo que se refiere a las restricciones del empleo público, lleva a los demandados a sostener que si la impugnación de las plazas por la Abogacía del Estado se basa también en la Ley 2/2012, y no estando ésta vigente en el fecha de la convocatoria de las plazas, se produciría una indebida aplicación retroactiva de esta norma legal. La respuesta a esta alegación se hace en la sentencia de forma conjunta con la anterior vista, con invocación a lo ya resuelto por la misma Sala en el recurso de apelación 472/2013, en el sentido de que “no es, pues, una indebida aplicación retroactiva de esta norma legal” (FD 3), por tratarse de una una correcta aplicación de la tasa de reposición contenida en el art. 3 del RDL 20/2011, norma que aunque no contiene referencia a las universidades públicas sí lo dice de modo expreso la Ley 2/2012 en su art. 23 por remisión al art. 22¹³.

Se deduce que en la sentencia se hace una aplicación conjunta de ambas normas, en la que se interpreta que la norma posterior completa la laguna de la anterior. Pero si la respuesta judicial se fundamenta también en la aplicación de la ley posterior, ello no deja de ser una aplicación retroactiva y sin embargo no se da ningún argumento en la sentencia comentada ni en la que se invoca, de por qué no lo es. Sólo se añade como argumento que “la circunstancia de que ninguna convocatoria anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2012 haya sido impugnada a las Universidades andaluzas por la Administración del Estado salvo la del presente supuesto y otro caso en la Universidad de Huelva, no es motivo para acoger este alegato pues, como advierte el Abogado del Estado, la doctrina de los actos propios sólo resulta de aplicación dentro de la legalidad”.

Pero lo anterior, en nuestra opinión, sigue sin explicar por qué no estamos en este caso concreto ante una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales. Entendemos que una afirmación de tal alcance exige una fundamentación jurídica más sólida por estar en juego un principio constitucional.

¹³ Según el art. 22, apartado Uno de la Ley 2/2012, a efectos de lo establecido en el presente artículo (relativo a retribuciones), constituyen el sector público: a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia. c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes. d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social. e) Los órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución. f) Las sociedades mercantiles públicas. g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.

1.3. Objetivo: reducción de gasto público

La fundamentación de la sentencia comienza citando una parte del preámbulo del RDL 20/2011, que expresa que “la desviación del saldo presupuestario estimada para el conjunto de las administraciones públicas respecto al objetivo de estabilidad comprometido”, obliga al Gobierno a tomar medidas, que comportan acciones tanto por el lado de los ingresos como por el lado de los gastos, de carácter urgente para su corrección reduciendo el desequilibrio presupuestario en más de un punto porcentual del Producto Interior Bruto. Continúa señalando la sentencia que la norma añade en lo que se refiere “al Capítulo II, «De los gastos de personal», que se mantienen las cuantías de las retribuciones del personal y altos cargos del sector público” y que “igualmente se acuerda la congelación de la oferta de empleo público, con ciertas excepciones que se recogen en el mismo artículo”.

El mismo preámbulo justifica que, debiendo prorrogarse los presupuestos generales de Estado para 2011 por la disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y la convocatoria de elecciones, sin embargo “la situación económica y financiera aconsejan no prorrogar algunas materias que podrían tener repercusiones en el déficit público y en la estabilidad presupuestaria, con las consecuencias que ello podría tener en los compromisos asumidos por España ante la Unión Europea en la reducción del déficit público”.

A lo largo de la fundamentación jurídica de la sentencia se alude en varias ocasiones a la finalidad de la norma de que no se produzca incremento de gasto público en materia de gastos de personal, en particular en materia de empleo público, y que el instrumento o medida para conseguir ese fin en este caso es la “congelación del empleo público”.

Sobre esta forma de calificar las restricciones en el empleo público establecidas por la norma, convendría precisar la citada expresión “congelar”. En un uso vulgar del lenguaje se ha venido utilizando para expresar lo que en un modo técnico sería no incremento de las cuantías a percibir por prestaciones públicas, o de sueldos públicos, o de salario mínimo interprofesional, entre otras materias cuantificables. La metáfora ha servido para transmitir al conjunto de la población la idea de que una determinada percepción económica se deja igual cuantitativamente durante el ejercicio al que es aplicable, como ocurre con las retribuciones del personal, esto es, congelarlas significa que no aumentan sino que se quedan igual, pero no disminuyen. De esta manera se cumple el objetivo de no incremento de gasto.

Pero tal como está contemplada la medida, tanto en el RDL 20/2011 como en la Ley 2/2012, no sólo se consigue el objetivo de que el empleo no aumente, sino que además conlleva que disminuya. Los arts. 3 y 23 de estas normas, respectivamente, lo que regulan es una reducción del empleo público, aunque

no se diga expresamente. Reducción que se ve atemperada sólo para algunos sectores esenciales, a través de la excepción legal de que en estos casos se puede reponer el diez por ciento de las plazas -excepción aplicable expresamente al personal investigador de las universidades por la Ley 2/2012-, con lo que la reducción de efectivos por jubilación no es del cien por cien, sino del noventa por ciento de plazas que no se reponen y desaparecen a través de su amortización, afectando a la prestación de los servicios públicos que deben recibir los ciudadanos, incluidos los servicios esenciales. Y ello pese a que se cumpla con la condición establecida por la norma de respeto de las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, ya que para la Sala el argumento de que “en todo caso se ha respetado el equilibrio presupuestario por parte de la Universidad demandada”, considera que hay que dar la razón al Abogado del Estado cuando afirma que *“el Real Decreto-ley 20/2011 y la Ley 2/2012 no permiten convocar todas las plazas que se tengan por conveniente con tal de que se respete el equilibrio presupuestario, sino que imponen la congelación de la oferta de empleo público. Por eso al caso presente se impugna la legalidad de las convocatorias, y no el estado de cuentas de la Universidad”*.

Esta reducción del empleo en principio no afecta a la convocatoria de plazas de promoción interna porque ello no supone incremento de personal, dado que se trata de un cambio de puesto de trabajo o categoría del personal que ya presta servicios en el sector público¹⁴. Sin embargo esto no va a ser así para el PDI porque la convocatoria de estas plazas no se considera promoción interna según afirma la sentencia, como comentaremos *infra*. De esta forma, si las plazas de PDI convocadas dentro de la tasa de reposición del diez por ciento permitido por la norma las obtienen el PDI que aspira legítimamente a una promoción profesional como personal de la universidad convocante, la reducción del empleo en estos casos equivale al cien por cien de las jubilaciones que se produzcan, de manera que ni siquiera se repone ese diez por ciento permitido, y ello pese a que en este caso no se ha producido la incorporación de nuevo personal.

Para finalizar, interesa reflejar el argumento sobre incremento de gasto de personal que la sentencia invoca tomado de su sentencia de misma fecha que resuelve el recurso de apelación 472/2013, en el que “el codemandado alega

¹⁴ Aunque el RDL 20/2011, ni la Ley 2/2012 lo decían expresamente, ni tampoco la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Pese a ello, las administraciones públicas incluidas las del Estado han venido convocando plazas de promoción interna. Sí se recogerá ya expresamente en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en cuyo art. 21.Uno.3 se dice que “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”. Además se regula por primera vez la forma de cálculo de la tasa de reposición.

también que la afirmación contenida en la sentencia según la cual su nombramiento como catedrático supone un incremento del gasto “resulta errónea como criterio interpretativo” ya que a su entender para aclarar esta cuestión “debemos abordar adecuadamente lo relativo a la tasa de reposición”. Para la Sala, “tampoco esta alegación puede ser acogida pues una y otra cuestión no pueden ser confundidas, y lo cierto es que al pasar el interesado de profesor titular a catedrático en el mismo departamento ello ha de suponer un incremento del gasto público, derivado de la propia dotación de una plaza de catedrático con amortización de la plaza de profesor titular, y ante esta realidad, así apreciada en la sentencia, y como igualmente advierte el Abogado del Estado, el apelante no hace ningún desmentido”. No tiene en cuenta la Sala que este incremento de gasto motivado por una retribución superior se deja a salvo en el propio RDL 20/2011, en cuyo art. 2, al establecer que en el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, dispone en su apartado Cuatro que *“Lo dispuesto en el apartado Dos del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”*.

2. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO TASA DE REPOSICIÓN Y SU FALTA DE ADAPTACIÓN AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS UNIVERSIDADES

2.1. Plazas vacantes o plazas de nueva creación

Las normas aplicadas por la sentencia, así como las posteriores que continúan con similares restricciones del empleo público¹⁵, al regular la oferta de empleo público no distinguen entre plazas vacantes o plazas de nueva creación a los efectos de identificar el tipo de plazas sobre las que aplicar la tasa de reposición del diez por ciento en los sectores y administraciones públicas en

¹⁵ Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

los que se permite tal reposición, que en el caso analizado son la de 2011¹⁶ y la de 2012¹⁷.

La medida a priori es simple: “*Durante el ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal*” -en el sector público delimitado en el artículo anterior, aclara la Ley 2/2012-¹⁸. Esta, denominada por la norma, “limitación” que fija su centro de atención en el personal de nuevo ingreso y no en el tipo de plaza, no será de aplicación a varios sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el diez por ciento. Por tanto, para la norma en principio es intrascendente que la plaza que se convoca esté vacante como que sea de nueva creación.

Sin embargo, los apartados dedicados al personal del sector público cuya

¹⁶ Según el art. 3 Cinco del RDL 20/2011, Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación contenida en los apartados anteriores no será de aplicación a los siguientes sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el 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.

B. A las Administraciones Públicas con competencias sanitarias respecto de las plazas de hospitales y centros de salud del Sistema Nacional de Salud.

C. A las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado y a aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con Cuerpos de Policía Autónoma propios en su territorio, en relación con la cobertura de las correspondientes plazas.

D. A las Fuerzas Armadas en relación con las plazas de militares de carrera y militares de complemento de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de carrera militar, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

E. A las Administraciones Públicas respecto de los Cuerpos responsables del control y lucha contra el fraude fiscal y laboral.

¹⁷ Norma que añade a los anteriores sectores y administraciones, los siguientes: F) A las administraciones Públicas respecto de la cobertura de plazas correspondientes al personal de los servicios de prevención y extinción de incendios.

G) A las Administraciones Públicas en relación con las plazas de personal investigador doctor de los Cuerpos y Escalas de los organismos públicos de investigación definidos en la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

Esta excepción será también de aplicación a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las Universidades, siempre que por parte de las administraciones públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁸ Se añade que “salvo la (incorporación) 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 necesarias para alcanzar los efectivos fijados en la Disposición adicional vigésima segunda. Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público”. También se excepcionan a las sociedades mercantiles públicas que se regirán por lo dispuesto en la disposición adicional vigésima tercera de esta Ley.

competencia sea del Estado, sí se refiere a las plazas vacantes “de nuevo ingreso”, con ciertas diferencias entre las normas comentadas. Así, el RDL 20/2011 no permite la autorización de plazas vacantes de nuevo ingreso para el personal de las diversas Administraciones del Estado y sus organismos autónomos, así como en una serie de agencias públicas de competencia estatal que relaciona el apartado Tres del art. 3. Pero para las entidades públicas empresariales y restos de organismos y sectores competencia del Estado no incluidos en el apartado Tres citado, sí se permite la autorización de convocatoria de plazas vacantes -no se dice de nuevo ingreso- “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que requerirán la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. Se añade, para el sector estatal y sus organismos, que se amortizarán un número de plazas equivalente al de jubilaciones salvo en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Poniendo en relación las tres reglas, se constata que algunas de las vacantes que afecten a este tipo de servicios sí se pueden cubrir mediante convocatoria sólo para casos excepcionales, urgentes e inaplazables y podría hacerse con personal de nuevo ingreso sin estar sometida a tasa de reposición.

Pero pronto la Ley 2/2012 va a cambiar algo importante al respecto, y siempre relativo al ámbito de empleo de competencia estatal. Ahora ya sólo se alude a las plazas vacantes de personal laboral, que no se autorizan salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que requerirán la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, continuando la misma regla dicha antes sobre amortización de las plazas vacantes.

De lo anterior se deduce que la tasa de reposición para el sector público competencia del Estado 1) Se aplica siempre a las plazas de nueva creación siempre que no sean cubiertas por promoción interna 2) Bajo la vigencia del RD 2011 también se aplica a las plazas vacantes de nuevo ingreso, es decir, que no sean cubiertas por personal propio por promoción interna, para una parte del sector público estatal, en tanto que para el resto de sectores del Estado se permite la convocatoria de plazas vacantes en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, sin el límite de la tasa de reposición. 3) Bajo la vigencia de la Ley 2/2012, en cambio, ya sólo permite la convocatoria sin limitación por la tasa de reposición para las plazas vacantes laborales y condicionadas también a esas situaciones excepcionales urgentes e inaplazables. 4) Sólo pueden quedar plazas vacantes en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, ya que el resto de plazas vacantes se tienen que amortizar.

Las limitaciones vistas no afectan a las convocatorias de plazas de promoción interna porque ello no supone en ningún caso ingreso de nuevo personal, pero producen en todo caso una reducción del empleo público, sobre todo del personal funcional, pues de cada cien jubilaciones se pueden amortizar hasta noventa plazas y cubrir un diez por ciento con la tasa de reposición en determinados sectores esenciales. En cambio, no van a estar condicionadas por la tasa de reposición aquellas plazas laborales vacantes de competencia estatal sobre las que se decida su no amortización sólo para sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, que se podrán cubrir con personal laboral temporal o interino de nuevo ingreso -art. 23. Dos Ley 2/2012-.

En los años noventa, cuando se crea esta técnica de la tasa de reposición como medida para no aumentar el gasto público, también se distinguía entre plazas de nuevo ingreso -que se limitaban también con una tasa de reposición, pero más alta que la actual, para evitar un incremento de gasto a través de nuevas incorporaciones-, y plazas vacantes, respecto de las que no operaba ese límite en aquellos sectores y funciones que se consideraran prioritarios o que afectaran al mantenimiento de los servicios públicos esenciales¹⁹. Se trae a colación este dato por ser objeto de análisis en la sentencia comentada si la tasa de reposición afecta a plazas de nueva creación o también a plazas vacantes, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, que recogemos a continuación.

2.2. Doctrina del Tribunal Supremo

Como se acababa de avanzar, los demandados alegan la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que la tasa de reposición se aplica a las plazas de nueva creación y no a las que han quedado vacante por jubilaciones o fallecimientos u otras causas, y que por tanto, al ser las plazas objeto de impugnación vacantes y no de nueva creación, se vulnera dicha doctrina.

La doctrina referida es la contenida en las SSTS de 22 de noviembre de 2005 (casación 3557/2001) y la de 27 de marzo de 2006 (casación 515/2000), Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la limitación al empleo público contenida en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, y la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, respectivamente. En ambas sentencias se analizan similares artículos de ambas leyes sobre la Oferta Pública de Empleo, en los que se establecía que durante el ejercicio correspondiente “*las convocato-*

¹⁹ Sobre el origen y evolución de la tasa de reposición en los años noventa, vid. C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit., pp. 253 y ss.

rias de plazas para ingreso de nuevo personal del sector público delimitado en el artículo 17.º de la ley 12/1996, de 30 de diciembre, se concentraran en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. En todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso deberá ser inferior al 25% de la tasa de reposición de efectivos”.

En dicha sentencia, el Abogado del Estado interpreta que la tasa de reposición del 25% sólo se puede utilizar en plazas vacantes, pero no en plazas de nueva creación con personal de nuevo ingreso. Para el TS, sin embargo, *“considerar que el límite del 25% de la tasa de reposición permite contratar personal nuevo en plazas de nueva creación, siempre que no se supere aquel es correcto, pues de entender que sólo pueden cubrirse el 25% de las plazas de reposición, en plazas ya vacantes, nos encontraríamos no con una norma tendente a moderar el gasto público, sino reductora del mismo, con riesgo para el buen funcionamiento de los servicios públicos”* (...) y se continúa argumentando que ambas leyes buscan *“congelar las remuneraciones y restringir la oferta de empleo público mediante la limitación de las plazas de nuevo ingreso a menos del 25% que resulte de la tasa de reposición de efectivos. En definitiva, se trata de contener el gasto pero sin imponer una reducción del mismo que ponga en peligro los sectores, funciones y categorías prioritarias”.*

Sin embargo, para el caso analizado del PDI, la Sala considera que esa doctrina no es aplicable a este caso por ser dos supuestos diferentes, ya que en aquellas leyes *“se permitía el acceso de nuevos funcionarios en número suficiente como para cubrir las necesidades de reposición y un 25% adicional como de nuevo ingreso, y por eso se trata de contener el gasto pero sin imponer una reducción del mismo (...); en cambio, lo que establece el Real Decreto-ley 20/2011 es la congelación de la oferta de empleo público, autorizando excepcionalmente en determinados sectores, y con respeto en todo caso de las disponibilidades presupuestarias, una tasa de reposición del 10%; es decir, sólo el 10% de esa tasa de reposición. Y se concluye con el argumento de que “Ciertamente, el Real Decreto-ley 20/2011 más que restringir la oferta de empleo público mediante la limitación de las plazas de nuevo ingreso, acuerda, como dice su Preámbulo, “la congelación de la oferta de empleo público, con ciertas excepciones”. La finalidad es, pues, distinta, y la solución legal también diferente a aquella otra”.*

No compartimos esta interpretación de la Sala al afirmar que son dos casos diferentes. Primero, porque identifica congelación del empleo público con unas medidas que, tanto antes como ahora, vienen a reducir el empleo público, pero lo hacen de forma diferente: 1) En tanto que las leyes de los años noventa presentan las medidas en positivo, esto es, que se permite la convocatoria de plazas de nuevo ingreso debiendo concentrarse éstas en sectores esenciales y

sin que se pueda superar el 25% de la tasa de reposición, por un lado. Y, por otro lado, se permite la reposición necesaria de plazas vacantes -también con personal de nuevo ingreso- en sectores esenciales, en este caso sin límite de tasa, sino según la necesidad de esos sectores para no afectar el funcionamiento de los servicios esenciales.

2) En cambio, las normas de 2011 y 2012 (también las posteriores) establecen las mismas medidas en negativo, esto es, no se permite la incorporación de personal de nuevo ingreso como punto de partida, pero en sectores esenciales se permiten nuevas incorporaciones -ya sea en plazas nuevas o vacantes- sin que se pueda superar el diez por ciento de la tasa de reposición, por un lado. Pero por otro lado, se permiten nuevas incorporaciones en plazas vacantes laborales en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”, es decir, sin sometimiento a la tasa de reposición, a la par que se permite no amortizar todas las plazas vacantes en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales”, que o bien son cubiertos con aquella tasa de reposición del diez por ciento o, si no es suficiente -como no lo es con toda seguridad- con personal laboral interino o temporal no sometido a la tasa de reposición sino a la existencia de situaciones excepcionales, urgentes e inaplazables.

De manera que en los años noventa la reducción del empleo público se producía en sectores no esenciales que no eran repuestos, en tanto que los sectores esenciales se reponían en la medida necesaria para su correcto funcionamiento con personal de nuevo ingreso en plazas vacantes, y adicionalmente se permitía convocar un número de plazas de nueva creación con personal de nuevo ingreso siempre que no sobrepasara un veinticinco por ciento del número de plazas vacantes que se habían repuesto. En las normas actuales, se produce reducción del empleo público en sectores no esenciales que no se reponen, igual que entonces. Pero en cambio los sectores esenciales se reponen o bien en un máximo de un diez por ciento respecto del número de bajas por jubilación de personal funcionario, con personal de nuevo ingreso, y en casos excepcionales urgentes e inaplazables se reponen con personal laboral temporal de nuevo ingreso también, sin límite cuantitativo expreso de tasa de reposición, sino cualitativo basado en la necesidad de atender ese sector o servicio esencial.

Una forma ésta mucho más restrictiva de atender los servicios y sectores esenciales, que verdaderamente pone en peligro su correcto funcionamiento; en ambos casos hay reducción de personal -lo que no equivale a congelación, pues congelar significa no aumentar, dejar igual, pero no reducir-, no obstante mientras en el primer caso se garantizaba mínimamente el funcionamiento de los servicios esenciales, ahora no sólo no se hace, sino que además se precariza

el empleo público en extremo²⁰, atemperándose sólo en casos excepcionales la atención de los servicios esenciales, bien a través de la insuficiente tasa de reposición del diez por ciento de funcionarios de nuevo ingreso, bien a través del número necesario de personal laboral temporal en supuestos urgentes e inaplazables.

Hubiera sido deseable, más allá de una mera comparación formalista de supuestos -los examinados por el TS relativo a leyes de los años noventa y los actuales relativos a normas de 2011 y 2012-, hacer un examen de adecuación de las actuales normas a los valores, principios, mandatos y derechos constitucionales, lo que seguramente podría haber llevado al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a estas normas. Hay que plantearse si estas medidas, que en la actualidad continúan, impiden el correcto funcionamiento de los servicios esenciales, pues están reduciendo el empleo público en estos servicios esenciales en un noventa por ciento, salvo casos excepcionales y urgentes que se pueden atender con contratación laboral temporal y precaria.

2.3. La falta de adaptación del concepto “tasa de reposición” a las plazas de personal docente e investigador de universidades

Trasladar la aplicación e interpretación de las medidas restrictivas del empleo público a las plazas de PDI se convierte en una tarea en exceso compleja, no sólo por las carencias técnicas de las normas objeto de aplicación -en el caso analizado el RDL 2011 y la Ley 2/2012-, sino sobre todo por configurarse como medidas planas que no tienen en cuenta las singularidades que tienen algunas administraciones, como es el caso de las universidades públicas y su personal. Una ciega aplicación de la tasa de reposición a las universidades sin tener en cuenta sus especialidades, su diversificación normativa²¹, su diferenciación de personal entre funcionarios y laborales, entre otras, produce efectos perjudiciales al sistema universitario en su conjunto y al servicio esencial que presta a los ciudadanos, más allá del empleo público.

A este respecto hay que recordar que las universidades públicas gozan de personalidad jurídica y tienen reconocido el derecho a la autonomía universi-

²⁰ Mucho más de lo que ya sucediera a partir de 1995 cuando la tasa de reposición se empieza a fijar en un porcentaje inferior al cien por cien, lo que dio lugar a contrataciones fraudulentas que acabó por generar una bolsa de empleo público “negro” que aflora años después, según se afirma por C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit., p. 251 y 252.

²¹ Según la exposición de motivos de la LOU, “ La Ley articula los distintos niveles competenciales, los de las Universidades, las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado. Diseña un mayor autogobierno de las Universidades y supone un incremento del compromiso de las Comunidades Autónomas, lo que implica para las primeras una mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y nuevas atribuciones de coordinación y gestión para las segundas”.

taria en los términos que establezca la ley –art. 27 CE-, siendo ésta la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre (LOU), en cuyo art. 2 desarrolla este derecho y su contenido, entre los que se encuentran “La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes” (apartado h.), y “El establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo” (apartado i.). En este sentido, son muy variados los aspectos del funcionamiento de la universidad que la ley deja a la autorregulación de ésta a través de sus estatutos, además de atribuir importantes competencias a las Comunidades Autónomas respecto de las universidades de su competencia²².

Por lo que se refiere al personal docente e investigador de las universidades y el acceso al empleo público, y expuesto sintéticamente, el diseño que hace la LOU y sus normas de desarrollo de las categorías de PDI y la forma de acceso a cada una, hace que no se pueda considerar un modelo de carrera profesional, ni funcionarial ni laboral, porque los cuerpos y categorías se contemplan como compartimentos estancos, desde una doble perspectiva. La primera de ellas, diferenciando dos tipos de PDI para hacer el mismo tipo de trabajo -aunque con distinta proyección profesional según la categoría-: por un lado dos categorías funcionariales que integran cada una de ellas sendos cuerpos docentes universitarios -catedráticos de universidad y profesores titulares de universidad- a los que se les reconoce plena capacidad docente e investigadora -art. 56.1 LOU-, cuyo régimen jurídico es de competencia del Estado²³; y, por otro lado, profesorado laboral con diversas categorías que se pueden sistematizar en dos tipos en función de la duración del contrato: indefinidos -profesor contratado doctor- con plena capacidad docente e investigadora, y temporales, con distintas finalidades²⁴, a los que se les reconoce capacidad docente o docente e investigadora, sin llegar a ser calificada como plena. La competencia para regular el régimen jurídico del profesorado laboral contemplado en la

²² Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas las tareas de coordinación de las universidades de su competencia -Art. 2.5 LOU-, además de otras relativas al inicio de actividades -art. 4.4.-, régimen del profesorado laboral -art. 48.6- y financiación de las universidades de su competencia -art. 81-, entre otras previstas en la citada ley.

²³ Según el Boletín estadístico del personal al servicio de las administraciones públicas, enero de 2014, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el total de PDI funcionario en las universidades públicas transferidas a las comunidades autónomas asciende a 45.463 efectivos, y el PDI laboral asciende a 46.944 efectivos, a fecha de enero de 2014.

²⁴ Finalidad formativa -profesor ayudante-; docentes e investigadoras -profesor ayudante doctor-; finalidad docente con aportación de experiencia profesional -profesor asociado-; por servicios destacados en la universidad -eméritos-; docente o investigadora de profesores de otras universidades -visitantes-, arts. 49 y ss LOU.

LOU se atribuye a las Comunidades Autónomas²⁵, “*correspondiéndose así los instrumentos financieros de los que son responsables con los normativos que ahora asumen*” -Exposición de motivos de la LOU-.

Desde una segunda perspectiva, la incomunicación entre las distintas categorías laborales entre sí, de los dos cuerpos docentes entre sí, y del personal funcionario y laboral entre sí, se debe a que no se contempla en la LOU un sistema de progresión profesional²⁶, de manera que en principio y formalmente las convocatorias de plazas de PDI se ofertan públicamente a cualquiera que reúna el requisito del ostentar el título académico exigido -licenciado/graduado universitario, o doctor, según la categoría o cuerpo- y el requisito de haber obtenido la acreditación externa o previa evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación -para el acceso a cuerpos docentes o a plazas laborales- o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine -sólo para plazas laborales-²⁷. Va ser a través de este requisito de acreditación externa como se constata que sí existe una comunicación no formal y jerarquizada entre las categorías y cuerpos, en el sentido de que para cada una de las figuras de PDI se exige al interesado aportar un nivel de actividades propias del ámbito docente e investigador superior -universidades y otros organismos públicos de investigación- que va en aumento y de forma acumulativa desde la categoría laboral temporal de ayudante a la más alta de los cuerpos docentes de catedrático de universidad.

La obtención de la acreditación externa, por tanto, exige al interesado contar con años de experiencia y méritos docentes, investigadores, de gestión y de transferencia de conocimientos o, dicho de otra forma, ningún doctor que no haya realizado durante años actividades propias del ámbito educativo superior y de investigación y transferencia de conocimientos -en una cantidad y variedad que varía según la categoría y cuerpo, aumentando progresivamente conforme la categoría es más alta- podría obtener esa acreditación externa para poder presentarse a las ofertas públicas de empleo de plazas de PDI universitario.

²⁵ Atribución cuestionada por posible inconstitucionalidad al atribuir a las Comunidades Autónomas competencia de legislación laboral, según C. Molina Navarrete, “Improvisación de la LOU, pervisión de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, Revista de Derecho Social 25/2004, pp 91 y ss.

²⁶ El art. 69.1 LOU sólo contempla la promoción económica, remitiéndose en el caso de los cuerpos docentes a lo establecido en la legislación general de funcionarios; por su parte, el art. 55.2 LOU atribuye esta competencia a las Comunidad Autónomas en el caso del profesorado laboral contratado.

²⁷ Este requisito de acreditación externa no se exige para acceder a la categoría laboral temporal formativa de profesor ayudante, ni para las laborales temporales que profesores asociados, eméritos o visitantes.

Por ello, en este ámbito resulta extraño hablar de términos propios del resto de administraciones públicas en las que sí existen sistemas de promoción profesional, y se diferencia por tanto entre personal de nuevo ingreso y personal de promoción entre niveles, grupos, grados, categorías, etc²⁸, así como el empleo de términos tales como plazas de nueva creación y plazas vacantes, habitualmente en correspondencia con acceso público o promoción interna, respectivamente. El empleo público en las universidades no se ajusta a ese patrón. Aunque formalmente se trate de plazas de nueva creación, sometidas a oferta pública, el sistema obedece a la lógica de un sistema de promoción profesional en el que la obtención de una categoría superior está supeditada a la acreditación y al sometimiento de concursos de acceso públicos regulados por cada universidad en sus estatutos. En tanto que las nuevas incorporaciones se producen a través de categorías laborales temporales en formación, ahora vedadas por las normas restrictivas del empleo público desde 2011.

Lo anterior no impide que puedan producirse nuevas incorporaciones del PDI provenientes de otras universidades que se presentan a una plaza permanente laboral o funcionarial convocada por otra universidad diferente, dado que se trata de concursos abiertos a los que se pueden presentar PDI de otras universidades y organismos de investigación -doctor acreditado para esa categoría, o que ya tenga esa categoría-. El problema es que cuando no estamos en supuestos de movilidad profesional, sino de promoción profesional entre el personal de una misma universidad, no existe mecanismo legal específico para este ámbito que lo considere como tal. A ello nos referiremos enseguida al hilo de la sentencia comentada.

3. INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ACCESO AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES

Alegan los demandados, según la sentencia objeto de estudio, que en el caso de las plazas impugnadas no nos hallamos ante supuestos de “incorporación de nuevo personal”, que es lo que no permite el art. 3.1 del Real Decretoley 20/2011 ni el art. 23 de la Ley 2/2012, sino de promoción profesional, derecho recogido en el art. 35 de la Constitución y 14.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, que también ostenta por tanto el personal docente e investigador. Continúan alegando que, en concreto, se trata de una exigencia impuesta por el art. 19 del Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades públicas de Andalucía, según el cual “los profesores contratados en alguna de las categorías ordinarias de personal do-

²⁸ Vid. A. Cea Ayala, “La carrera profesional de los funcionarios públicos”, *Actualidad Administrativa*, 13/2012.

cente e investigador con contrato laboral a tiempo completo, definidas en el apartado 1 del artículo 14, que cumplan los requisitos legales para optar a una figura superior, incluyendo la de profesor titular de universidad, tendrán derecho, previa solicitud, a la dotación de una plaza en la RPT que les posibilite promocionar a dicha figura superior...”. Para los demandados, si bien las plazas convocadas en respuesta a esas solicitudes de sus peticionarios se convocan como concurso público por imperativo del art. 62 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en realidad tal concurso responde al sistema de promoción del personal docente e investigador.

Dado que las convocatorias impugnadas son de profesores titulares de universidad, cuyo régimen jurídico regulan las leyes estatales y específicamente la LOU, para dar respuesta a la alegación hecha, la sentencia se basa en dicha normativa, recogiendo textualmente los preceptos aplicables (FD 2), como son el art. 62 de esta ley, titulado “Concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios”, en cuyo apartado dos especifica quienes se pueden presentar a esos concursos²⁹; el Real Decreto 1313/2007 de 5 de octubre por el que se regula el régimen de concursos de acceso a cuerpos docentes, en cuyo art. 4 establece que se pueden presentar a los concursos quienes hayan sido acreditados o acreditadas de acuerdo con el sistema de acreditación regulado en el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre.

En atención a esta normativa específica para el acceso a los cuerpos docentes, se acoge en la sentencia la alegación del Abogado del Estado según la cual *para participar en un concurso para el acceso a plaza en el cuerpo de profesores titulares de universidad se requiere estar “acreditado”, y pueden pedir esa acreditación quienes posean el título de doctor; no sólo los doctores acreditados que presten servicios en la Universidad convocante pueden concurrir sino también los que presten servicio en cualquier otra universidad o incluso los que no presten servicio en ninguna, lo único requerido es estar acreditado y restringir el concurso al personal propio iría en contra de los principios de mérito, capacidad, igualdad de trato y de oportunidades*. A lo que se añade que el hecho de haber obtenido las plazas PDI que ya era personal de la universidad convocante con categoría de profesores contratados doctores, es irrelevante a estos efectos pues son las convocatorias mismas los actos recurridos y el juicio sobre su conformidad o no al dictado del art. 3.1 citado no puede quedar en suspenso hasta conocer el resultado a que se llegue.

Como se constata, hay una aplicación formalista de la norma, desconectada de la finalidad que pretenden las normas restrictivas del empleo público antes vistas, esto es, obviando que no se produce incorporaciones de nuevo

²⁹ Art. 62.2. LOU: “A los concursos podrán presentarse quienes hayan sido acreditados de acuerdo con lo regulado, para cada caso, en los artículos 59 y 60, así como los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos de Profesores Titulares de Universidad y de Catedráticos de Universidad.

personal. En efecto, si en apartados anteriores (epígr. 1.3) hemos visto cómo la interpretación de las normas que se sigue en la sentencia no se ha basado en redacción formal o literal de las mismas, sino en función de la finalidad perseguida -según criterios del art. 3 del Código civil-, es decir, “congelar el empleo” o no incrementar gastos de personal a través de la prohibición de nuevas incorporaciones, ahora en cambio las normas relativas al acceso a los cuerpos docentes se interpreta de forma literal, en el sentido de que a dichos concursos se puede presentar todo acreditado por la ANECA, teniendo en cuenta según la norma que regula la acreditación que ésta la puede solicitar cualquier doctor, con lo que podrían presentarse a las plazas cualquier doctor acreditado que no fuera ya PDI.

Con anterioridad ya nos hemos referido al hecho de que la acreditación no la puede obtener cualquier doctor (epígr. 2.3), lo que se comprueba sólo leyendo el texto de la norma que regula las acreditaciones, si bien es cierto que formalmente la puede solicitar cualquier doctor, otra cosa es que la obtenga. Ciertamente a las plazas convocadas se puede presentar quien ya tiene la condición de profesor titular de universidad -o incluso catedrático de universidad- que aspire a una movilidad, a un cambio de universidad. Pero incluso en este caso no se produciría un aumento de personal docente e investigador en un cómputo global de efectivos de universidades.

Téngase en cuenta, de un lado, que estos cuerpos son interuniversitarios o comunicables, es decir, son cuerpos del Estado que comparten las distintas universidades públicas, y de otro lado, que la movilidad del PDI de una universidad a otra si bien incrementa personal en la de destino, reduce personal en la de origen, por lo que en el cómputo de efectivos que lleva a cabo el Estado para el cuerpo docente en cuestión, la cantidad de personal no habrá variado por esta movilidad.

Dicho de otra manera, se trate de profesores contratados doctores de la universidad convocante o de funcionarios de los cuerpos docentes de otras universidades los que obtienen las plazas impugnadas, en ninguno de los dos casos hay un aumento de empleados públicos, que es la finalidad que persigue la norma dada la necesidad de no incremento de gasto.

Además de lo anterior, la interpretación formal y desconectada que se hace de la LOU no tiene en cuenta el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada -art. 3 Código civil-. De tenerse en cuenta, se llegaría a la conclusión de las normas restrictivas del empleo público no deben extender sus efectos más allá del fin que pretenden, esto es, el de evitar aumentos de personal de nuevo ingreso. Una interpretación formalista de la LOU lleva a este efecto, ya que a través de la misma se impide la utilización de la única vía que tradicionalmente ha tenido el PDI para progresar en su carrera profesional y alcanzar categorías superior-

res a través de doble comprobación objetiva de capacidad y mérito (acreditación de méritos ante la ANECA y concurso oposición para acceder a la plaza).

Al restringirse los concursos de acceso públicos, a la vez se está impidiendo en el caso del personal docente e investigador de universidades los concursos por promoción o promoción profesional, objetivo que no es el perseguido por las normas restrictivas de empleo. Una interpretación literal de la norma que regula los accesos a plazas de PDI conlleva como efecto en este ámbito a una indebida aplicación de la “congelación del empleo público” que impide la promoción del personal, lo que no ocurre en el resto de administraciones públicas. Tiene pues un doble efecto: reduce el noventa por ciento de las plazas de personal docente e investigador que se jubila, y el resto de personal se petrifica en su categoría, cerrándose toda posibilidad de promoción profesional, como se constata en la sentencia comentada y otras en el mismo sentido y de idénticos argumentos³⁰.

Y, sin embargo, los procedimientos de acreditación o evaluación externa siguen abiertos, incrementándose el número de acreditados que no pueden promocionar³¹, produciendo una intensa frustración y desmotivación profesional que en nada favorece al conjunto del sistema universitario público, pero puede que sí al privado.

NOTA FINAL: Entregado este comentario de sentencia a la editorial y encontrándose en prensa, he tenido conocimiento de la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de dieciocho de junio de 2014, Rec. núm. 702/2012, no publicada en ninguna base de datos jurídica por ahora, favorable al derecho de promoción del personal docente e investigador de universidad pública. Dicha sentencia aplica la interpretación que mantenemos a lo largo de este trabajo, esto es, que estas plazas no deben computar en la tasa de reposición porque no se trata de incorporación de nuevo personal, sino del derecho de promoción del profesorado universitario, en una interpretación finalista de la norma.

³⁰ STSJ Andalucía Sevilla, Sala tercera, de 30 de enero de 2014, N° de Recurso: 472/2013; de 6 de febrero de 2014, N° de Recurso: 561/2012; de 13 de febrero de 2014, N° de Recurso: 563/2012; de 31 de marzo de 2014, N° de Recurso de Apelación 497/2013. STSJ Madrid de 8 de julio de 2014, N° de Recurso: 546/2013; STSJ Galicia de 11 de diciembre de 2013, N° de Recurso: 353/2012 (todas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo).

³¹ Lo que da como resultado que en España haya aproximadamente en torno a 6000 PDI de universidades públicas acreditados por la ANECA sin la más mínima posibilidad de promocionar a categorías profesionales superiores, aunque ello no suponga en estos casos un aumento de efectivos. Según los informes anuales de la ANECA, en 2012 el total de evaluaciones positivas fueron 2840 (1069 a catedráticos de universidad y 1771 a profesor titular de universidad); en 2013 el total fue de 2316 evaluaciones positivas (790 a catedrático de universidad y 1516 a profesor titular de universidad); y de enero a septiembre de 2014 es de 1230 acreditados (530 catedrático de universidad y 700 a profesor titular de universidad). Confr. en <http://www.aneca.es/Programas/ACADEMIA> y para 2014 en <http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/profesorado/cuerpos-docentes.html>