

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia núm. 1403/2025, de 3 de noviembre de 2025

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta

Rec. núm. 547/2024

BOE de 17 de noviembre de 2025

SUMARIO:**Nulidad de incisos de la oferta de empleo público de 2024. Reserva legal para el turno de promoción interna en el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias.**

No se aprecia que la reserva establecida en el artículo 5 de la Ley 36/1997 sea incompatible con el texto constitucional, ni desde luego con la legislación de empleo público posterior, que en ningún momento ha modificado dicho porcentaje. En efecto, existe una amplia libertad de configuración del legislador para la determinar la estructura y organización de los cuerpos y escalas funcionariales, así como los sistemas selectivos de acceso. El **principio de libre concurrencia** a la función pública se ve modulado por otros principios como el de promoción profesional o el de discriminación positiva, que pueden dar lugar a normas sectoriales específicas, singularmente por la vinculación entre promoción interna y el principio de eficacia, como mandato constitucional que debe informar toda la actuación administrativa y la propia configuración de su estructura, y ello desde la perspectiva de la gestión eficiente de los recursos humanos, siempre con respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

En el caso de **promoción interna vertical** o ascenso a cuerpos de titulación superior con funciones homogéneas, el principio de eficacia puede justificar una opción legislativa que incremente el espacio del sistema selectivo de promoción interna vertical en aras a la optimización de recursos y a la mejor prestación del servicio público. En este contexto pueden establecerse porcentajes más elevados para el ascenso en cuerpos o escalas funcionariales jerarquizadas, lo cual puede trasladarse al caso examinado de ascenso desde el cuerpo penitenciario de ingreso al inmediatamente superior, a lo que se añade que solo se puede acceder al cuerpo de ingreso por el turno libre y que está prevista que las plazas reservadas vacantes incrementen las de turno libre.

Por ello, el **porcentaje del 60 por ciento establecido en el artículo 5 de la Ley 36/1977** no resulta en abstracto incompatible con el texto constitucional, ni con la legislación posterior de empleo público. En este caso, la OEP de 2024 debía ajustarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 36/1977, lo cual no se respetó al fijarse un porcentaje de reserva de, aproximadamente, un 35% de las plazas de los Cuerpos Especiales al turno de promoción interna. Tampoco puede justificar esta distribución lo establecido en el artículo 108.3 del Real Decreto-Ley 19/2023, puesto que este precepto fija un porcentaje mínimo del 30%, susceptible de ser concretado por leyes especiales, como en el caso de los cuerpos penitenciarios.

En consecuencia, **se declara la nulidad de los siguientes incisos del Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024:** 1) Anexo I: nuevo ingreso (Libre) Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 73 plazas, y 2) Anexo VI, promoción interna, Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 45 plazas.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas

SENTENCIA

Magistrados/as

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA
ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
FRANCISCO JOSE SOSPEDRA NAVAS
MARIA ALICIA MILLAN HERRANDIS
MANUEL DELGADO-IRIBARREN GARCIA-CAMPERO
ANTONIO NARVAEZ RODRIGUEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.403/2025

Fecha de sentencia: 03/11/2025
Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)
Número del procedimiento: 547/2024
Fallo/Acuerdo:
Fecha de Votación y Fallo: 28/10/2025
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas
Procedencia: CONSEJO MINISTROS
Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López
Transcrito por: GS
Nota:
REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 547/2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas
Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1403/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.
D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente
D.ª María del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. Francisco José Sospedra Navas
D.ª María Alicia Millán Herrandis

D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero

D. Antonio Narváez Rodríguez

En Madrid, a 3 de noviembre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 547/2024, interpuesto por don Raúl, representado por la procuradora de los Tribunales doña Beatriz Martínez Martínez y defendido por el letrado don Jesús Fouz Hernández, contra el Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024, en el particular de las plazas del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias en lo que afecta al cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso por turno libre (Anexo I) y 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI).

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Mediante escrito de 22 de julio de 2024 presentado ante este Tribunal Supremo, la representación procesal de Raúl, interpuso recurso contencioso-administrativo, contra el Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024 en el particular de las plazas del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias en lo que afecta al cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso por turno libre (Anexo I) y 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI). Por otrosí del escrito de demanda solicitó que se adoptara la medida cautelar de suspensión de la oferta de empleo público para el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias en el cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso por turno libre (Anexo I) y 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI).

SEGUNDO.-Mediante diligencia de ordenación de 22 de julio de 2024 se tuvo por interpuesto el recurso contencioso administrativo, y se requirió a la Administración del Estado, para que remitiera el expediente administrativo, formándose pieza separada para la tramitación de la medida cautelar solicitada.

TERCERO.-La Sala, por auto de 13 de noviembre de 2024, acordó:

" (1.º) Suspender cautelarmente la ejecución de la Oferta de Empleo Público para el ejercicio 2024 referida al Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias en el cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso a por el turno libre (Anexo I) y de 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI). (2.º) Estar respecto de las costas al último de los razonamientos jurídicos. (3.º) Ordenar la publicación de este auto en el Boletín Oficial del Estado."

CUARTO.-La representación procesal de Raúl, por escrito de 30 de abril de 2025, solicitó a la Sala que tuviera por formalizada la demanda y tras la argumentación que se contiene en dicho escrito, solicitó a la Sala:

" que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, por interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024 en el particular de las plazas del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias en lo que afecta al cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso por turno libre (Anexo I) y 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI), y previos los trámites legales, se estime el presente recurso, y ACUERDE:

1.- Declarar la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del referido Real Decreto 656/2024, y de cuantos actos traigan causa del mismo, en tanto no se respetan los porcentajes de distribución de plazas entre las modalidades de acceso libre y de promoción interna en el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias conforme establece el artículo 5 de la Ley 36/1977 , de creación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios.

2.- Condenar a la Administración demandada a la retroacción del proceso selectivo al momento procedimental oportuno al objeto de aprobar nueva oferta de empleo público con respeto a la previsión contenida en la Ley 36/1977 respecto a la promoción interna, debiendo reservarse el 60% del total de las plazas a tal efecto, procediendo a continuar / reanudar el proceso selectivo conforme corresponda desde la referida modificación.

3.- Imponga las costas a la Administración demandada."

QUINTO.-Mediante diligencia de ordenación de 30 de abril de 2025, se tuvo por formalizada la demanda, emplazando al Abogado del Estado para su contestación en el plazo de veinte días.

SEXTO.-El Abogado del Estado, en su escrito de 29 de mayo de 2025, formuló contestación a la demanda, en el que solicito a la Sala que se dictara sentencia desestimando el recurso por los motivos expuestos en el escrito de contestación.

SÉPTIMO.-Por decreto de 29 de mayo de 2025, la Letrada de la Sección acordó tener por contestada la demanda, fijar la cuantía del recurso en indeterminada y que pasaran las actuaciones al ponente, para la resolución que proceda sobre la prueba interesado.

OCTAVO.-Por auto de 18 de junio de 2025, la Sala acordó denegar el recibimiento del recurso a prueba solicitado por la representación procesal de la parte actora y la apertura del trámite de conclusiones escritas.

NOVENO.-Mediante diligencia de ordenación de 17 de julio de 2025, se tuvo por evacuado el trámite conclusiones conferido a la parte recurrente y se dispuso la entrega de las copias a la parte demandada, otorgándole el plazo de diez días para que presentara las suyas.

DÉCIMO.-Mediante diligencia de ordenación de 24 de julio de 2025, se tuvo por evacuado el trámite de conclusiones por la parte demandada, se declararon conclusas las mismas y quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

UNDÉCIMO.-Por providencia de 30 de julio de 2025, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 28 de octubre de 2025, y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Francisco José Sospedra Navas.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y posiciones de las partes*

1. Se impugna el Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024, el cual fue publicado en el BOE de 3 de julio de 2024. La impugnación de la parte actora se concreta en el particular de las plazas del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, en lo que afecta a su distribución entre el turno libre y el de promoción interna, fijándose un cupo de 73 plazas para cubrir mediante el procedimiento de acceso por turno libre (Anexo I) y 45 plazas para proveer por el procedimiento de promoción interna (Anexo VI).

El citado RD 656/2024 refleja el número de vacantes ofertadas en dicho Cuerpo Especial en un total de 118 plazas; distribuidas de la siguiente manera: i) en su Anexo I, nuevo ingreso (Libre) Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 73 plazas; y ii) en su Anexo VI, promoción interna, Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 45 plazas.

Como ha quedado expresado en los antecedentes, la Sala adoptó la medida cautelar de suspensión por auto de 13 de noviembre de 2024.

2. La parte demandante impugna la distribución de plazas que realiza el RD 656/2024, que aprueba Oferta de Empleo Público (en adelante, OEP) para el año 2024, por vulneración del artículo 5 de la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, al no respetar la reserva del sesenta por ciento de las plazas del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias a promoción interna, sustituyendo indebidamente esa ratio por una cláusula general de mínimos del treinta por ciento prevista en otra norma.

En la demanda se alega que la detracción de plazas ofertadas del turno de promoción interna, acreciendo al turno libre, vulnera el dictado de la vigente Ley 36/1977, de creación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios, al no cumplirse en la OEP impugnada con la previsión contenida en el citado precepto que fija la ratio del 60% de las plazas ofertadas a cubrirse por promoción interna, que es una Ley especial de rango superior al Real Decreto objeto de impugnación. Esta previsión no está en contradicción con el artículo 108.3 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que establece un porcentaje de mínimos para la promoción interna, no inferior al treinta por ciento de las plazas de acceso libre para ser cubiertas por el turno de promoción interna. Sostiene que dicha previsión, reflejada en la OEP, objeto de impugnación, no contraviene el dictado de la ley especial vigente recogida en la Ley 36/1977, de creación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios, que fija la ratio del sesenta por ciento de las plazas ofertadas a cubrirse por promoción interna.

La defensa del demandante invoca el principio de especialidad normativa, aduciendo que resulta indubitada la existencia de una legislación específica en el ámbito penitenciario como es la que resulta objeto de análisis en la presente litis al abrigo de la Ley 36/1977; así como en lo que se refiere a los propios sistemas de provisión, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, cuyo artículo 1 establece la propia especificidad de la provisión de los puestos de trabajo de los Ministerios de Defensa y de Justicia e Interior que, por su especial naturaleza y contenido, estén relacionados con la Seguridad y Defensa Nacional y deban cubrirse por funcionarios incluidos en el artículo 1.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Asimismo invoca el principio de legalidad, y apoya su argumentación en la sentencia de esta Sección n.º 1577/2024 de 9 de octubre 2024, que estimó el recurso contra el RD 625/2023, que se aprobaba la OEP de 2023, anulando su Anexo II por no respetar los porcentajes de distribución de plazas entre las modalidades de acceso libre y de promoción interna en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia que establece el artículo 442.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual se reitera en la sentencia de esta Sección n.º 232/2025, de 6 de marzo.

La parte demandante concluye que la previsión tasada en la Ley 36/1977, de 23 de mayo, al fijar la reserva al cupo de promoción interna en un 60% del total de las plazas vacantes ofertadas, resulta plenamente aplicable en base al principio de legalidad y por no verse afectada por norma que la derogue, ni existir contradicción con precepto alguno que limite tal cupo, por lo que solicita que se declare la nulidad o anulabilidad del referido Real Decreto 656/2024 por no respetarse los porcentajes de distribución de plazas entre las modalidades de acceso libre y de promoción interna en el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, con las demás pretensiones que resultan expresadas en el antecedente de hecho tercero de esta sentencia.

3. El Abogado del Estado se opone a la demanda, alegando que el artículo 5 de la Ley 36/1977 es un precepto preconstitucional cuyo contenido no se compadece, ni con los artículos 14 y 103.2 de la Constitución, ni con los artículos 55 y siguientes del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por lo que ha quedado tácitamente derogado en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única, apartado 3, de la Constitución; en el artículo 2.2 del Código Civil; y en la disposición derogatoria única del 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.

En la contestación a la demanda se sostiene que la reserva de más de la mitad de las plazas incluidas en una convocatoria -concretamente el 60%- para su cobertura por promoción interna, y su consiguiente sustracción al turno libre, es contraria al principio de igualdad, y a los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, al limitar seriamente la posibilidad general de acceso a la función pública, la libre concurrencia, y la competencia que permite contrastar el mérito y la capacidad de todos los aspirantes, aduciendo que el artículo el artículo 61.1 del TREBEP establece el carácter abierto de los procesos selectivos y la garantía de la libre concurrencia, sin que el derecho a la promoción interna, que también viene reconocido en el TREBEP (artículos 16, 18, 61 y 69), pueda erigirse en una traba para la efectividad de los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública.

Finalmente, el Abogado del Estado, siguiendo la doctrina de esa misma Sala recogida en la sentencia de 9 de octubre de 2024, concluye que el artículo quinto de la Ley 36/1977 es incompatible con la Constitución y con el TREBEP -que es una norma del mismo rango y posterior en el tiempo, que ya incorpora lógicamente los principios constitucionales en materia

de acceso a la función pública-, y por ese motivo ha de considerarse tácitamente derogado, por lo que no puede constituir el fundamento para la anulación del Real Decreto impugnado, solicitando por todo ello la desestimación del recurso.

SEGUNDO- *Sobre la promoción interna vertical en el empleo público y sus límites*

1. La controversia planteada en este proceso versa sobre el alcance del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, y los límites que se derivan para las modalidades de acceso restringido, en el caso por promoción interna de aquellas personas que ya han adquirido la condición de funcionarios, partiendo de que el respeto del principio de libre concurrencia determina que deba guardarse un equilibrio proporcionado con el acceso por turno libre, lo cual se articula en las normas de función pública a través de los porcentajes de reserva de plazas para ser cubiertas por el mecanismo de promoción interna.

La promoción interna se integra en la carrera profesional de los funcionarios públicos y se basa en la figura del cuerpo o escala clasificados según los distintos grupos y subgrupos de clasificación, distinguiéndose entre la promoción interna horizontal, que implica "acceder" a cuerpos o escalas dentro del mismo Subgrupo profesional, y la promoción interna vertical, que implica "ascender" desde un cuerpo o escala inferior a otro superior.

En nuestro caso, la cuestión se plantea en el ámbito de la promoción interna vertical definida en el artículo 16.3.c) del TREBEP, consistente en el ascenso desde un cuerpo o escala de grupo de clasificación profesional (Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, grupo C1) a otro superior (Cuerpos Especiales, grupo A), siendo controvertido si la reserva de 60 por ciento establecida en el artículo 5 de la Ley 36/1977 vulnera el principio constitucional de libre acceso establecido en el artículo 23.2 de la CE.

2. La doctrina constitucional ha reiterado que el derecho de acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la CE es una especificación del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la CE, el cual debe ser puesto en relación con el artículo 103.3 de la CE, de modo que el acceso a la función pública debe realizarse en condiciones de igualdad, con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

En el caso que se nos plantea de relación distributiva entre los turnos libre y de promoción interna, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 302/1993, de 21 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:302) expresa que debe respetarse el derecho, con rango de fundamental, de igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, de modo que la reserva de plazas a la promoción interna de los funcionarios a través del trabajo no puede limitar la libre concurrencia. En este punto, la doctrina constitucional ha reiterado que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, lo cual se recoge, entre otras muchas en las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 151/1992, de 9 de octubre (ECLI:ES:TC:1992:151) y n.º 174/1998, de 23 de julio (ECLI:ES:TC:1998:174).

Estos mismos principios resultan expresados en la jurisprudencia de esta Sala, que ha venido reiterando de modo uniforme que el principio general es el de pruebas libres de acceso, lo cual determina que sea exigible que en la oferta aparezcan suficientes plazas, excluidas de la promoción interna, como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado, tal como se recoge en las sentencias de esta Sala, Sección Primera, de 20 de enero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:16873), y de esta Sección Cuarta, n.º 270/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:747).

En esta misma línea, la sentencia de esta Sala y Sección n.º 1577/2024, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:4965) nos recuerda que los artículos 55 y siguientes del TREBEP establecen el carácter abierto de los procesos selectivos y la garantía de la libre concurrencia en ellos, con la salvedad relativa a las medidas de discriminación positiva y a la promoción interna, las cuales son límites o excepciones a la regla general de la libre concurrencia.

3. Respecto de la promoción interna, debe subrayarse que se integra en el estatuto del empleado público, constituyendo un derecho individual cuyo ejercicio debe realizarse según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, tal como se establece en el artículo 14.c) del TREBEP, y que también es merecedora de la protección del artículo 23.2 de la CE. En este punto, debe subrayarse que la doctrina constitucional expresada en la sentencia 50/1986, de 23 de abril (ECLI:ES:TC:1986:50) afirma que en modo alguno puede considerarse como arbitrario

o irrazonable que se estime como mérito para el acceso a unas plazas administrativas de nivel superior el estar ocupando otras de nivel inferior, vinculando la promoción interna con el mandato constitucional del artículo 35.1 de la CE de favorecer la promoción mediante el trabajo.

Esta integración del derecho del empleado público a la promoción interna en el estatuto de su carrera profesional determina que la normativa básica estatal establezca un mandato, dirigido a las Administraciones Públicas, de fomento de la promoción interna, el cual se plasma en el artículo 18.4 del TREBEP, que se articula mediante procesos selectivos que deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 25 de enero de 2006, dictada en el recurso n.º 6314/1999 (ECLI:ES:TS:2006:102), al analizar el principio de fomento de la promoción interna, expresa que el criterio fundamental sobre el que construye el sistema legal de selección del personal de las Administraciones Públicas es el de las pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, lo que no excluye que dichos principios se trasladen a la promoción interna. Sin embargo, debe respetarse el principio general de las pruebas libres de acceso en términos de proporcionalidad, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinados Cuerpos y Escalas aparezcan suficientes plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que dicho principio general ha sido debidamente respetado.

4. La distribución de plazas entre los turnos libre y de promoción interna se articula normalmente a través de porcentajes de reserva que se establecen en las diferentes normas reguladoras del empleo público. Con carácter general, el artículo 108.3 del Real Decreto-Ley 19/2023, de 19 de diciembre, establece que las ofertas de empleo público deben incluir un porcentaje no inferior al treinta por ciento de las plazas de acceso libre para promoción interna. Este porcentaje mínimo se establece con carácter general y resulta incorporado al artículo 5 del Real Decreto 626/2024 impugnado, que expresa que en la oferta de 2024 se incluye un porcentaje no inferior al 30 por ciento de las plazas de acceso libre para ser cubiertas por el turno de promoción interna.

Junto a este porcentaje general, en la regulación de los diferentes Cuerpos y Escalas de funcionarios se establecen concretos porcentajes de reserva en función de la estructura, organización y características de cada cuerpo o escala. Así, los artículos 442 y 490 de la LOPJ establecen que debe convocarse un número de plazas equivalente al cincuenta por ciento de las que se ofrezcan al turno libre para promoción interna vertical en el caso de los letrados de la Administración de Justicia y del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

En la legislación de función pública encontramos asimismo porcentajes de reserva máximos, singularmente en el ámbito de la Administración Local, donde debe respetarse su autonomía, a fin de que, en el ejercicio de sus potestades de autoorganización, pueda concretarse el porcentaje de reserva en cada convocatoria por cada Administración Local. Así, el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, tras establecer que las convocatorias serán siempre libres, contempla la reserva para promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria. También se fijan estos porcentajes máximos del 50% de las plazas en diferentes leyes autonómicas de policía local (artículo 31 Ley catalana 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales, o artículo 41 Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid).

Sin embargo, a la hora de valorar estos porcentajes de reserva ha de tenerse en cuenta que, en el turno de promoción en los procesos selectivos de las Administraciones locales, con carácter general, también se contempla la reserva de plazas al turno de promoción externa o de movilidad interadministrativa, a diferencia del caso de los Cuerpos Penitenciarios en que no existe esta figura.

5. Los porcentajes más elevados de reserva a promoción interna vertical se encuentran en los Cuerpos jerarquizados, que se rige por su legislación específica propia, según lo dispuesto en el artículo 4 del TREBEP.

En el ámbito de la normativa estatal, el artículo 14.3 del Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procesos selectivos y formación de la Policía Nacional, establece que, en los procesos de acceso a la categoría de Inspector o Inspectora, el cuarenta por ciento de las vacantes se reservarán para oposición libre y el sesenta por ciento para promoción interna.

En el caso del personal de la Guardia Civil, el acceso a la Escala de Suboficiales solo puede realizarse desde la escala inferior de Guardias y Cabos, y a la Escala de Oficiales, se reserva un porcentaje no inferior al cincuenta por ciento, según lo establecido en los artículos 36 y 37 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil,

6. El examen de los diferentes porcentajes de reserva a la promoción interna vertical que se establece en la normativa de empleo público, permite identificar singularidades que están en relación con la estructura y organización de los Cuerpos funcionariales y con sus particulares características.

En el caso aquí examinado, el porcentaje de reserva para promoción interna vertical a los Cuerpos Especiales se fija en un 60%, lo cual nos lleva a examinar la estructura, organización y características de los Cuerpos de funcionarios penitenciarios a fin de dar respuesta a la controversia planteada en este proceso.

TERCERO.- Sobre la promoción interna en los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias

1. La Ley 36/1977, de 23 de mayo, de ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, sustituyó los Cuerpos Auxiliares, masculino y femenino, mediante la creación del nuevo Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, con dos escalas, masculina y femenina, en el que quedaron integrados los funcionarios y funcionarias del Cuerpo de Auxiliares y respecto del cual se establece el ingreso mediante oposición libre, con la titulación de Bachiller Superior o equivalente.

El artículo 5 de la citada Ley 26/1997 establece el porcentaje de reserva para la promoción interna a los Cuerpos Especiales desde el Cuerpo de Ayudantes, en los siguientes términos:

" El sesenta por ciento de las vacantes que se convoquen para el ingreso en los Cuerpos Especiales de Instituciones Penitenciarias se reservarán para su provisión en turno restringido a los funcionarios del Cuerpo de Ayudantes que posean la correspondiente titulación."

2. A la hora de analizar la controversia aquí planteada, debe tenerse en cuenta la estructura de los Cuerpos Penitenciarios, puesto que este porcentaje de reserva del sesenta por ciento únicamente se establece para la promoción a los Cuerpos Especiales desde el Cuerpo de Ayudantes, sin que sea extensible a la promoción interna vertical a otros Cuerpos Penitenciarios.

La estructura actual de los Cuerpos funcionariales de Instituciones Penitenciarias procede de la Ley 39/1970, de 22 de diciembre, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios, que creó el Cuerpo Superior de Técnicos. En la Ley 39/1970 se distinguían los Cuerpos Especiales masculino y femenino, cuyo título de acceso era el de bachiller, y los Cuerpos Auxiliares masculino y femenino, para cuyo acceso se exigía el título de graduado escolar.

Como se ha indicado, estos Cuerpos Auxiliares fueron integrados por la Ley 36/1977 en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, con dos escalas, masculina y femenina, cuyo título de acceso es el de bachiller superior; posteriormente, las escalas masculina y femenina se extinguieron por la disposición adicional trigésima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, quedando ambas unificadas en el Cuerpo de Ayudantes. Por su parte, los Cuerpos Especiales, también tenían dos escalas, masculina y femenina, las que se unificarían posteriormente por el artículo 43 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó la Ley 36/1977.

Al elevarse el grupo de titulación del nuevo Cuerpo de Ayudantes creado por la Ley 36/1977 al de bachiller, se equiparó a la titulación contemplada en la citada Ley 39/1970 para los Cuerpos Especiales, por lo que el artículo 6 de la Ley 36/1977 dirigió un mandato al Gobierno para acomodar la titulación y demás requisitos exigibles para el ingreso en los restantes Cuerpos

Penitenciarios, en la medida en que resultaran necesarias, delimitando sus correspondientes funciones.

El Real Decreto 3261/1977, de 1 de diciembre, dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6. de la Ley 36/1977, estableciendo el nivel de titulación y funciones para los demás Cuerpos Penitenciarios y, concretamente para los Cuerpos Especiales, establecía la titulación de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Diplomado Universitario, Titulado de Formación Profesional de tercer grado o equivalente.

Por otra parte, el artículo 2 del citado Real Decreto 3261/1977 desarrollaba los porcentajes de reserva a promoción interna. En el caso de los Cuerpos Técnico, Facultativo de Sanidad, Ayudantes Técnicos Sanitarios y Profesores de Enseñanza General Básica, para los funcionarios de cualquiera de los Cuerpos y plazas de la Administración Penitenciaria que poseyeran la correspondiente titulación, se contempla una reserva de un cincuenta por ciento, según se había establecido en el artículo 8 de la Ley 39/1970. En el caso de la promoción interna a los Cuerpos Especiales desde el Cuerpo de Ayudantes, se establece la reserva del sesenta por ciento de las plazas, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 36/1977. En ambos casos, se prescribe que las vacantes que queden desiertas en el turno de promoción acrecerán al turno libre.

3. Según esta estructura organizativa de los cuerpos funcionariales penitenciarios, el nivel de entrada lo constituye el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, en la actualidad con nivel C1, que tiene encomendadas tareas operativas en los centros penitenciarios. El Cuerpo inmediatamente superior es el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, en la actualidad con nivel A2. Y, finalmente, están los Cuerpos superiores y especializados como son el Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria, el Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias y el Cuerpo de Enfermeros.

En la estructura y organización de los Cuerpos generales de funcionarios penitenciarios (Superior, Especiales y Ayudantes), los mismos presentan una relación de homogeneidad funcional jerarquizada, reservándose las funciones de dirección e inspección al Cuerpo Superior, las tareas de administración y gestión a los Cuerpos Especiales y las de vigilancia, custodia y colaboración al Cuerpo de Ayudantes. La reserva del 60 por ciento de las plazas para el turno de promoción interna se contempla desde el Cuerpo de Ayudantes (C1), que es un cuerpo de ingreso donde todas las vacantes se cubren por turno libre, a los Cuerpos Especiales, con nivel de titulación superior (A2).

Una vez delimitada la estructura y organización de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, debemos ahora examinar la compatibilidad de la reserva del 60 por ciento aquí controvertida con el texto constitucional y con la legislación posterior de empleo público.

CUARTO.- Sobre la alegada derogación tácita del porcentaje de reserva

1. Examinado el marco de la promoción interna y la estructura organizativa de los Cuerpos funcionariales de Instituciones Penitenciarias, debemos abordar el examen de la oposición que formula el Abogado del Estado fundada en la derogación tácita del artículo 5 de la Ley 36/1997, al fijar una reserva de plazas de promoción interna del 60%, por desbordar los límites que garantizan la libre concurrencia en el acceso a la función pública, lo cual nos ubica en el plano del control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales.

El control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales es una zona atribuida a la competencia de la jurisdicción ordinaria, que cumple una función de control de la constitucionalidad de la norma, con fundamento normativo en la disposición derogatoria general, contenida en el apartado 3 de la Constitución Española, en virtud de la cual el juez no debe aplicar aquéllas leyes anteriores a la Constitución e incompatibles con ella, lo cual es consecuencia del principio de supremacía de la Constitución.

En este ámbito, cabe distinguir los supuestos en que la ley anterior es incompatible, donde se da un problema de derogación, de aquéllos otros en que existe una incompatibilidad de contenidos, en cuyo caso estamos ante la denominada "inconstitucionalidad sobrevenida". Dicha distinción se refleja en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas legales preconstitucionales, donde reconoce el espacio de apoderamiento propio de la jurisdicción ordinaria, indicando que el juez ordinario debe inaplicar la norma preconstitucional si entiende que han quedado derogada por la Constitución, al oponerse a la misma, pero también abre la posibilidad al control dual, vía incidental, en los casos

en que el juez ordinario tenga dudas sobre la inconstitucionalidad de la ley, tal como ya se expresara, desde los inicios de la jurisdicción constitucional, en la sentencia n.º 4/1981, de 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:4).

En nuestro caso, el control se refiere a la compatibilidad constitucional del precepto cuestionado, debiendo considerarse que estamos ante una norma con rango de ley de vigencia prolongada, de aplicación periódica, y que no ha sido objeto de reforma por parte del legislador postconstitucional, pese a que se han sucedido diferentes reformas legislativas sobre los Cuerpos de funcionarios penitenciarios, como hemos expuesto en el anterior fundamento, lo cual es un primer punto de ponderación dada la amplia libertad de configuración del legislador a la hora de determinar la estructura y organización del empleo público.

2. El porcentaje de reserva del 60 por ciento es más elevado que el establecido por regla general en otros Cuerpos o Escalas de la función pública, como hemos visto en el fundamento segundo, pero lo cierto es que el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias presenta algunas singularidades.

En primer lugar, debe considerarse que la Ley 36/1977 creó un nuevo cuerpo de ingreso, el de Ayudantes Penitenciarios, que integraba los cuerpos auxiliares existentes en ese momento, con un elevado número de funcionarios y funcionarias que estaban prestando sus servicios en los establecimientos penitenciarios. La misma Ley 36/1977 establecía, en su artículo 6, un incremento progresivo de plantilla considerable, de más del 50% en cinco años, por lo que es lógico que se reservara un porcentaje alto para la promoción interna desde el cuerpo inmediatamente inferior.

En segundo lugar, el Cuerpo de Ayudantes es un cuerpo de ingreso al que se accede por turno libre, sin que existan espacios reservados a turnos restringidos, por lo que se promociona o asciende al Cuerpo Especial desde un cuerpo de ingreso al que se accede por turno libre.

En tercer lugar, existe una homogeneidad funcional jerarquizada entre el Cuerpo de Ayudantes y el Especial, en tanto que se prestan los servicios en los establecimientos penitenciarios, con unas reglas jurídicas determinadas y complejas en cuanto a régimen y tratamiento penitenciarios, lo cual determina una vinculación más intensa de la promoción interna vertical de los cuerpos penitenciarios generales con el principio de eficacia de la actividad administrativa por lo que supone de optimización de recursos humanos, al pasar a desempeñar funciones de mayor responsabilidad con una experiencia previa en el desempeño de funciones homogéneas.

Por último, debe considerarse que el turno promoción interna al Cuerpo especial no es un compartimento estanco, puesto que está previsto expresamente que las plazas no cubiertas del turno de promoción interna acrezcan a las del turno libre, y no disponemos de ningún dato de las plazas que han podido acrecer al turno libre en el Cuerpo especial, ni tampoco se ha introducido en el debate procesal esta cuestión, por lo que no tenemos datos sobre el alcance de la reserva del 60% sobre las plazas que corresponden al turno libre.

3. En estas condiciones, no apreciamos que la reserva establecida en el artículo 5 de la Ley 36/1997 sea incompatible con el texto constitucional, ni desde luego con la legislación de empleo público posterior, que en ningún momento ha modificado dicho porcentaje.

En efecto, existe una amplia libertad de configuración del legislador para la determinar la estructura y organización de los cuerpos y escalas funcionariales, así como los sistemas selectivos de acceso. El principio de libre concurrencia a la función pública se ve modulado por otros principios como el de promoción profesional o el de discriminación positiva, que pueden dar lugar a normas sectoriales específicas, singularmente por la vinculación entre promoción interna y el principio de eficacia, como mandato constitucional que debe informar toda la actuación administrativa y la propia configuración de su estructura, y ello desde la perspectiva de la gestión eficiente de los recursos humanos, siempre con respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

En el caso de promoción interna vertical o ascenso a cuerpos de titulación superior con funciones homogéneas, el principio de eficacia puede justificar una opción legislativa que incremente el espacio del sistema selectivo de promoción interna vertical en aras a la optimización de recursos y a la mejor prestación del servicio público. En este contexto pueden establecerse porcentajes más elevados para el ascenso en cuerpos o escalas funcionariales jerarquizadas, lo cual puede trasladarse al caso examinado de ascenso desde el cuerpo penitenciario de ingreso al

inmediatamente superior, a lo que se añade que solo se puede acceder al cuerpo de ingreso por el turno libre y que está prevista que las plazas reservadas vacantes incrementen las de turno libre.

Por todo ello, concluimos que el porcentaje del 60 por ciento establecido en el artículo 5 de la Ley 36/1977 no resulta en abstracto incompatible con el texto constitucional, ni con la legislación posterior de empleo público, por lo que debe desestimarse la alegación de la demandada sobre la derogación táctica del precepto.

QUINTO.- Juicio de la Sala. Decisión del recurso.

1. Una vez sentada la compatibilidad de la reserva al turno de promoción interna establecida en la Ley 36/1977 con el texto constitucional, así como con la legislación posterior de empleo público, debemos concluir que los Anexos I y VI del RD 676/2024 vulneran el artículo 5 de la citada Ley 36/1977, al no respetar la reserva del 60% de las plazas de los Cuerpos Especiales al turno de promoción interna en los Anexos I y IV de la OEP de 2024, en los extremos impugnados.

La plasmación de las plazas reservadas para el turno de promoción interna en las ofertas de empleo público resulta de lo establecido en el artículo 70.1 del TREBEP, tal como se expresaba en la sentencia de esta Sala y Sección n.º 270/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:747). Por su parte, como se indicaba en la sentencia de esta Sala y Sección n.º 1577/2024, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:4965), las ofertas de empleo público deben ajustar la distribución de plazas entre turnos a las previsiones legales, por lo que en este caso la OEP de 2024 debía ajustarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 36/1977, lo cual no se respetó al fijarse un porcentaje de reserva de, aproximadamente, un 35% de las plazas de los Cuerpos Especiales al turno de promoción interna. Tampoco puede justificar esta distribución lo establecido en el artículo 108.3 del Real Decreto-Ley 19/2023, puesto que este precepto fija un porcentaje mínimo del 30%, susceptible de ser concretado por leyes especiales, como en el caso de los cuerpos penitenciarios. Por lo demás, ningún debate se ha suscitado sobre el posible acrecimiento de las plazas del turno libre como consecuencia de las vacantes producidas en el turno de promoción interna.

2. De todo ello resulta que debe declararse la nulidad de la distribución de plazas para el turno libre y de promoción interna en el Cuerpo Especial, de los Anexo I y IV del RD 656/2024, por no respetar los porcentajes establecidos legalmente, en los siguientes extremos: 1) Anexo I, nuevo ingreso (Libre) Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 73 plazas; y 2) Anexo VI, promoción interna, Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 45 plazas.

En consecuencia, procede estimar la pretensión de nulidad, sin que resulte necesario el pronunciamiento de condena interesado por la parte demandante, puesto que la oferta de empleo en los extremos aquí cuestionados fue suspendida por auto de 13 de noviembre de 2024, dictado en la pieza de medidas cautelares, por lo que la declaración de nulidad determina implícitamente que la distribución de las plazas correspondientes a la oferta de 2024 deba realizarse con respeto al porcentaje establecido legalmente.

SEXTO.- Costas procesales y publicación

1. Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción, imponemos a la parte demandada las costas de este recurso. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 4 de ese precepto legal, señala, como cifra máxima a que asciende la imposición de costas a la parte demandada por todos los conceptos, la de 4.000 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala, en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

2. El fallo de esta sentencia debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado (artículo 72.2 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

(1º) Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la parte actora y, en su consecuencia, declarar la nulidad de los siguientes incisos del Real Decreto 656/2024, de 2 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2024: 1) Anexo I: nuevo ingreso (Libre) Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 73 plazas, y 2) Anexo VI, promoción interna, Subgrupo A2, Cuerpos de la Administración del Estado, 0913, Especial de Instituciones Penitenciarias, con una Oferta de 45 plazas.

(2º) En cuanto a las costas, estése a lo razonado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

(3º) Publíquese la parte dispositiva de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).