



Roj: **STSJ ICAN 3720/2018 - ECLI: ES:TSJICAN:2018:3720**

Id Cendoj: **38038330022018100217**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **2**

Fecha: **17/10/2018**

Nº de Recurso: **29/2017**

Nº de Resolución: **228/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JAIME GUILARTE MARTIN CALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000029/2017

NIG: 3803833320170000079

Materia: Personal

Resolución: Sentencia 000228/2018

Demandante: Victorio ; Procurador: MONSERRAT MARIA GOMEZ CABRERA

Demandado: CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. Juan Ignacio Moreno Luque Casariego

MAGISTRADOS

D. Evaristo González González

D. Jaime Guilarte Martín Calero

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a 17 de octubre de 2018.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el presente recurso seguido a instancia de la parte actora Don Victorio dirigido y representado por el Letrado Don José Javier Torres Lana y la Procuradora Doña Montserrat Gómez Cabrera; frente a la Comunidad Autónoma asistida por el Servicio Jurídico; sobre personal; ponente don Jaime Guilarte Martín Calero.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por Orden de 21 de diciembre de 2016 la Consejería de Presidencia aprueba las bases generales que regirán los procesos selectivos para el acceso a los Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Administración General de la Comunidad Autónoma.

Interpuesto recurso de reposición, es inadmitido.

SEGUNDO.- La representación del actor interpone recurso contencioso-administrativo formalizando demanda con la petición de que se dicte sentencia por la que se anulen los artículos 3 y 5.a) de la Orden recurrida con imposición de costas.

TERCERO.- La Administración demandada contesta a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por ajustarse a Derecho el acto administrativo recurrido.

CUARTO.- Tras la práctica de la prueba, las conclusiones se tramitan por escrito.

QUINTO.- Señalado día y hora para votación y fallo, ha tenido lugar la reunión del Tribunal en el designado al efecto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De la Orden recurrida son impugnados los siguientes artículos:

- El artículo 3 en cuanto que generaliza sin matización alguna el acceso a la función pública a través del sistema de concurso-oposición tanto por el turno libre como por el turno de promoción interna en contra de la Ley de la Función Pública de Canarias por la que la oposición es preferente salvo que se justifique lo contrario.

- El artículo 5 en cuanto a la discriminación y desproporción en la valoración de méritos en la fase de concurso hasta un máximo de 3 puntos: hasta 2 puntos por experiencia en las Administraciones Públicas; hasta un punto por titulaciones académicas, formación, y por la prueba selectiva superada en la anterior convocatoria.

SEGUNDO.- Las bases generales son disposiciones de carácter general (ATS 29 mayo 2000 recurso de queja 7666/98) contra las que no cabe recurso de reposición (artículo 112.3 de la Ley 39/15 de Procedimiento Administrativo Común).

Su función es reglamentar unas normas comunes a las que han de ajustarse las bases específicas de las pruebas selectivas que se convoquen en el futuro.

Pero no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo porque no es un Reglamento ejecutivo de la Ley (artículo 11.1.B.b de la Ley 5/02) de la competencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma.

La competencia de la Consejería de Presidencia para establecer las bases generales de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo está atribuida por el Reglamento orgánico de la Consejería (artículo 35 del Decreto 382/15 sobre competencias en materia de función pública) y no por la Ley.

El ejercicio de esta competencia no desarrolla ninguna Ley (o no se cita), ni es condición necesaria para convocar pruebas selectivas, de modo que sería viable la convocatoria de un proceso selectivo ajustándose directamente a las restantes normas jurídicas, señaladamente las que tienen rango de Ley en desarrollo del derecho fundamental del artículo 23 C.E .

Ahora bien, una vez aprobado este Reglamento organizativo, su contenido normativo complementa la regulación de las pruebas selectivas que se convoquen y no pueden contradecirlo de modo que la prueba selectiva en la que está interesado el recurrente, y en la que efectivamente ha participado una vez que ha sido convocada, necesariamente han de realizarse mediante concurso-oposición, de donde el claro interés personal del recurrente cuya falta de legitimación ha de ser expresamente desestimada.

TERCERO.- El artículo 3 vulnera lo establecido en el artículo 73.2 de la Ley de la Función Pública de Canarias por el que "la oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición".

Este precepto reglamentario ha de ser anulado ya que ha determinado que toda convocatoria de prueba selectiva se realice mediante concurso-oposición, sin justificación alguna de que este sistema de selección sea el más adecuado por la naturaleza de las funciones a desempeñar, en contra de lo establecido en la Ley.

Sin perjuicio de que efectivamente las bases específicas justifiquen la exigencia legal que ha de cumplirse con independencia de lo programado genéricamente por el artículo 61.7 del Estatuto Básico del Empleo Público al enumerar los sistemas selectivos.



CUARTO.- Sobre la fase de concurso en las pruebas selectivas en las que se haya justificado la utilización del concurso-oposición.

De las restantes quejas en las que redunda la demanda, la principal se refiere a la ventaja de los funcionarios de carrera e interinos al valorarse hasta 2 puntos la experiencia laboral en la Administraciones Públicas.

Previamente ha de hacerse alguna precisión a otras alegaciones que aparecen a través de los hechos y fundamentos de derecho de la demanda y de los documentos a los que se remite sin dejar claro si son o no motivos de impugnación.

El concurso de méritos ha de entenderse sin perjuicio de lo que las bases específicas dispongan en cada convocatoria sobre la relación los méritos con la función a desempeñar (artículo 61.2 EBEP y 71.1 LFPC).

También dependerá de cada convocatoria si la experiencia se genera en régimen de derecho laboral o en régimen de derecho administrativo.

La experiencia se limita a la obtenida en las Administraciones Públicas excluyéndose la experiencia privada. Esta opción está dentro del ámbito de decisión discrecional de la Administración dado que no son situaciones comparables por presentar diferencias notables en la función a realizar y en el criterio de selección del personal además de las dificultades probatorias que pueden ser consideradas por razones de seguridad jurídica. Según doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo no constituye arbitrariedad la exclusión de la experiencia laboral en la actividad privada.

Finalmente la Sala no ha juzgado desproporcionado el beneficio que supone para funcionarios de carrera o interinos que se valore su experiencia en las Administraciones Públicas con un máximo de 2 puntos sobre 10 ya que dicha puntuación no determina el resultado del proceso selectivo (artículo 61.3 EBEP) hasta tal punto que los opositores renuncien a participar por las escasas posibilidades de superar la prueba selectiva, como se explica en la STC 27/12:

"la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una sustancial ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes, como la recurrente, carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores 'por libre', para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración de la Seguridad Social".

Dicha STC, citada en la demanda sin contraste fáctico, se refiere obviamente a un supuesto incomparable sin que se haya aportado hechos análogos en los que otros Tribunales han apreciado esa desproporción que justificaría la estimación de la demanda en este punto.

QUINTO.- Sin imposición de costas al estimarse parcialmente el recurso (artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

Por lo expuesto la Sala ha acordado:

- 1 Estimar parcialmente el recurso.
- 2 Anular el artículo 3 de la Orden recurrida.
- 3 Sin imposición de costas.

Así se acuerda y firma esta sentencia. Notifíquese de conformidad con el artículo 248.4 de la LOPJ indicando que es susceptible de recurso de casación y que ha de ser preparado ante esta Sala en el plazo de 30 días.