



Roj: **STSJ ICAN 5308/2006 - ECLI:ES:TSJICAN:2006:5308**

Id Cendoj: **38038330022006100717**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **2**

Fecha: **30/11/2006**

Nº de Recurso: **66/2005**

Nº de Resolución: **383/2006**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **LUIS HELMUTH MOYA MEYER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 5308/2006,**  
**STS 7756/2010**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SANTA CRUZ DE TENERIFE

**SENTENCIA NÚM. 383**

Recurso núm. 66/2005

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

Don Pedro Hernández Cordobés

MAGISTRADOS

Don Juan Ignacio Moreno Luque Casariego

Don Helmuth Moya Meyer

=====

En Santa Cruz de Tenerife , a treinta de noviembre del dos mil seis.

VISTO, en nombre del Rey por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el presente recurso interpuesto a nombre del demandante don Carlos Alberto , don Raúl , doña Rebeca , doña Begoña , doña Marcelina , doña Amanda , doña Leticia , don Lucio , don Francisco , doña Ángeles , doña Mariana , doña Bárbara , don Claudio , doña Patricia y doña Edurne , habiéndose personado como parte demandada la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, defendido y representado por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, siendo Ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. Magistrado don Helmuth Moya Meyer.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala el 18 de febrero del 2005 . Admitido a trámite se reclamó el expediente administrativo.

Los recurrentes formalizaron demanda en la que solicitó se declare la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho, ya que la adscripción provisional de los funcionarios nombrados tras superar un proceso selectivo contraviene la legislación básica estatal, en concreto el artículo 26.1 del Real Decreto 364/1995, de



10 de marzo y el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, según la cual la adscripción a los **puestos** que se obtengan superado el proceso selectivo debe ser definitiva.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado a la Administración demandada, que contestó a la misma oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y pidiendo la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta y admitida, con el resultado que obra en autos. Las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, y se señaló día para la votación y fallo.

CUARTO.- Se han observado los preceptos legales que regulan la tramitación del proceso contencioso-administrativo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso se interpone contra la Resolución de la Dirección General de la Función Pública, de 25 de junio del 2004, en virtud de la cual fueron nombrados funcionarios del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y se les adjudica provisionalmente un **puesto de trabajo**.

SEGUNDO.- La adjudicación provisional de **puestos** a quienes resulten nombrados funcionarios tras superar los correspondientes procesos selectivos, se realiza en virtud de lo establecido en el artículo 6.6 y disposición transitoria segunda del Decreto 48/1998, de 17 de abril, por el que se regula la provisión de **puestos de trabajo** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El artículo 6.6 establece que "antes de asignar destino definitivo a los aspirantes seleccionados en virtud de convocatorias derivadas de la Oferta de Empleo de cada año, habrán de convocarse y resolverse los procedimientos de provisión que correspondan en los que podrán participar los funcionarios que cumplan los requisitos exigidos". Por su parte, la disposición transitoria segunda - desde luego no se trata propiamente de una disposición transitoria- completa el anterior mandato diciendo que "en tanto no se resuelvan los concursos de mérito correspondientes a los distintos Cuerpos y Escalas, los funcionarios de nuevo ingreso de tales Cuerpos y Escalas, serán adscritos con carácter provisional".

Éstas son las disposiciones reglamentarias aplicadas por la Resolución impugnada, por lo que al cuestionar los demandantes la legalidad del acto administrativo en realidad están impugnando indirectamente los preceptos reglamentarios.

TERCERO.- El argumento de que el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su párrafo segundo, modificado por el artículo 103.1 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, según el cual "las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios" se opondría a lo dispuesto en el Decreto 48/1998, de 17 de abril, no es decisivo, pues una cosa es que se elimine la exigencia legal anterior de que las plazas que se ofrezcan a los funcionarios de nuevo ingreso hubieran sido previamente sacadas a concurso de méritos entre los funcionarios ya incorporados a la Administración y otra bien distinta que la Administración, en este caso autonómica, en virtud de su potestad de autoorganización, pueda decidir ofrecer previamente a los funcionarios ya incorporados a su organización las plazas que luego ofrecerá a los de nuevo ingreso.

El problema está precisamente en determinar si es lícito para lograr este objetivo- ofrecer a los funcionarios incorporados a la organización las plazas antes de que puedan ser adjudicadas definitivamente a los funcionarios de nuevo ingreso- disponer que los funcionarios de nuevo ingreso sean adscritos provisionalmente a determinados **puestos de trabajo**.

CUARTO.- La adscripción provisional a un **puesto de trabajo** es una forma de provisión de **puestos de trabajo**.

La regulación de las formas de provisión de **puestos de trabajo** está sujeta a reserva de ley, pues afecta al estatuto de los funcionarios públicos ( artículo 103.3 de la Constitución ). Por vía reglamentaria no podrán, por tanto, regularse formas de provisión de **puestos de trabajo** que no tengan amparo en lo dispuesto en una ley.

La regulación de las formas de provisión de **puestos de trabajo** se acomete principalmente en la legislación estatal. La Ley de la Función Pública Canaria no contiene una regulación de las formas de provisión de **puestos de trabajo**, a salvo de lo previsto respecto de las comisiones de servicio ( artículo 38 y 46.2 ).

Dicha regulación se contiene en parte en el artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que es legislación básica en su apartado 1º a) y b), párrafo primero, c), e) y g), en sus párrafos primero a cuarto, y en sus apartados 2 y 3. Esta regulación no es completa, pues las comisiones de servicio se contemplan en el artículo 61 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.



Pero sobre todo se omite en la relación de formas de provisión de **puestos de trabajo** establecida en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, la que se produce cuando se adjudican los **puestos de trabajo** a los funcionarios de nuevo ingreso, una vez que han superado el correspondiente proceso selectivo, a la que se refiere el artículo 60.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. No cabe duda que una cosa es el proceso selectivo del personal de la Administración Pública y otra es la provisión de **puestos de trabajo** que se produce cuando se adjudican éstos a los funcionarios de nuevo ingreso.

En el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, se contempla este supuesto dentro de la regulación del proceso selectivo, y se le denomina asignación inicial de **puestos de trabajo**- artículo 26.1 - que se hará de acuerdo con las peticiones de los interesados, según el orden obtenido en el proceso selectivo, teniendo los destinos carácter definitivo.

El artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto es desarrollado reglamentariamente en los artículos 36 y siguientes del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

A la adscripción provisional se refiere el citado Reglamento en su artículo 63 en el que dice que "los **puestos de trabajo** podrán proveerse por medio de adscripción provisional únicamente en los siguientes supuestos: a) remoción o cese en un **puesto de trabajo** obtenido por concurso o libre designación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50.5 y 58; b) supresión del **puesto de trabajo**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72.3 de este Reglamento; c) reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de **puesto de trabajo**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62.2 de este Reglamento". Todos los supuestos mencionados tienen amparo en lo dispuesto en preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que tienen carácter básico, a excepción del artículo 29 bis (artículo 20.1 e), párrafo primero, supuestos de cese de funcionarios nombrados por libre designación, párrafo segundo, supuestos de remoción del **puesto de trabajo**, artículo 21.2 b), supuestos de supresión del **puesto de trabajo** cuando no se aplique el procedimiento de reasignación de efectivos y artículo 29 bis, apartado 2º, reingreso al servicio activo).

Como observamos, el reglamento estatal tiene cobertura legal en todos los supuestos de adscripción provisional que establece, lo que no sucede en el caso del Decreto **48/1998**, de 17 de abril, por el que se regula la provisión de **puestos de trabajo** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. El supuesto que contempla no tiene amparo ni en la legislación estatal ni en la legislación autonómica.

Toda vez que la materia está sujeta a una reserva de ley por este solo motivo el reglamento autonómico es nulo en los puntos que son objeto de debate, **puesto** que establece una forma de provisión de **puestos de trabajo** que no tiene amparo en lo dispuesto en la ley.

Curiosamente, cuando en el artículo 27 del Decreto **48/1998**, de 17 de abril, se regula la adscripción provisional, se calca prácticamente la regulación estatal, pero se olvida incluir uno de los supuestos que en la propia norma reglamentaria se establecen, a saber, el que es objeto de nuestro análisis.

QUINTO.- Ya hemos indicado que buena parte de las disposiciones del artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre las formas de provisión de **puestos de trabajo** son legislación básica, y también lo es el artículo 19.1 en el que se establecen los sistemas de selección de personal. Como se sabe las disposiciones reglamentarias en la medida en que complementan la legislación estatal básica gozan del mismo carácter, por lo que a ellas debe ajustarse también la legislación de las Comunidades Autónomas ( STC de 28 de enero del 1982 y 28 de abril y 20 de mayo del 1983 ).

La pregunta que nos hacemos es si el artículo 26.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuanto establece el carácter definitivo de los **puestos** adjudicados a los funcionarios de nuevo ingreso y el artículo 63, en cuanto que dispone que la adscripción provisional de **puestos** procederá únicamente en los supuestos que cita, tienen carácter de normativa básica, y, por tanto, el legislador autonómico queda vinculado por ella, de manera que no podría aprobarse una disposición legal autonómica que determinase que la adjudicación de los **puestos** a los funcionarios de nuevo ingreso tuviera carácter provisional.

Podría objetarse que el artículo 26.1, al referirse a una forma de provisión de **puestos de trabajo**, no está completando la norma básica del artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y que ésta, en su regulación de las formas de provisión de **puestos de trabajo** no contempla la asignación inicial de **puestos** a los funcionarios de nuevo ingreso, argumento que igualmente podría utilizarse para no considerar básico el artículo 63, en cuanto dispone que la adscripción provisional únicamente se aplicará en los supuestos que cita. En realidad, el artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, no recoge una regulación cerrada de los supuestos de adscripción provisional, y prueba de ello es que uno de los supuestos de adscripción provisional está recogido en el artículo 29 bis, que no tiene, además, carácter básico.



No obstante estas objeciones, sí consideramos que tiene carácter básico el artículo 26.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuanto establece que la asignación inicial de **puestos de trabajo** a los funcionarios de nuevo ingreso tiene carácter definitivo.

La asignación de **puestos** a los funcionarios de nuevo ingreso se produce a través de un sistema que respecta los principios de mérito y capacidad, y que es asimilable al concurso previsto como forma de provisión de **puestos de trabajo** en el artículo 20.1 a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, equivalencia que se refuerza cuando el artículo 18.4 no exige que las plazas que se les ofrezcan a los funcionarios de nuevo ingreso hayan sido previamente sacadas a concurso de méritos entre todos los funcionarios.

Si esto es así no hay justificación alguna para que los **puestos** que desempeñen los funcionarios de nuevo ingreso no se tengan en cuenta a los efectos de su promoción profesional y el tiempo servido en los mismos no se compute para la consolidación del grado personal.

El artículo 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, regula la promoción profesional, y como parte de la misma la consolidación de un grado personal por el desempeño de un **puesto de trabajo** durante un cierto tiempo. Esta regulación tiene el carácter de básica.

Resulta que los **puestos** que se desempeñan en adscripción provisional no sirven a los efectos de la consolidación del grado personal. A esta conclusión llegó el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de marzo del 2001, cuando anuló el artículo 2.2 del Decreto 196/1994, de 30 de septiembre, del Gobierno de Canarias, sobre adquisición y reconocimiento del grado personal, en cuanto permitía computar el tiempo servido en **puestos** a los que el funcionario se haya adscrito provisionalmente a los efectos de la consolidación del grado personal. La razón que adujo el Alto Tribunal es que el Decreto 196/1994 vulneraba los principios de mérito y capacidad, reconocidos constitucionalmente en el artículo 23.2 de la Constitución española, en la medida en que permitía consolidar el grado personal a los funcionarios que no han accedido con carácter definitivo a un **puesto de trabajo** a través de alguno de los procedimientos de provisión de **puestos de trabajo** respetuosos con los principios de mérito y capacidad.

Pues bien, de admitirse una regulación autonómica que permita adscribir provisionalmente a los **puestos de trabajo** a los funcionarios de nuevo ingreso, y por experiencia sabemos que esta situación de provisionalidad puede prolongarse durante años, se le estaría negando a estos funcionarios los derechos a la promoción profesional que el artículo 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, reconoce, con carácter de legislación básica, a todos los funcionarios que hubieran accedido a un **puesto de trabajo** mediante un procedimiento que respete los principios de mérito y capacidad, entre los que sin duda alguna se encuentra la asignación inicial de **puestos de trabajo** a los funcionarios de nuevo ingreso.

En conclusión, afirmamos que tanto el artículo 6.6 como la disposición transitoria segunda del Decreto 48/1998, de 17 de abril, por el que se regula la provisión de **puestos de trabajo** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, que entendemos impugnados indirectamente en este recurso son nulos de pleno derecho, no sólo por carecer de habilitación legal, sino también por infringir una normativa básica estatal que impone que los **puestos de trabajo** que inicialmente se adjudiquen a los funcionarios de nuevo ingreso tengan carácter definitivo.

SEXTO.- Este Tribunal tiene competencia para conocer del recurso directo que se interponga contra la disposición general que se impugna indirectamente, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declararemos en esta sentencia la nulidad de la misma.

SÉPTIMO.- A parte de anular la resolución impugnada, reconocemos a los demandantes su derecho a ser adscritos definitivamente a los **puestos** que hubieran obtenido como funcionarios de nuevo ingreso con efectos desde la toma de posesión en los mismos.

OCTAVO.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Santa Cruz de Tenerife, ha dictado el siguiente

## FALLO

ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. 66/2005, declaramos haber lugar a la demanda y anulamos el acto impugnado debiendo la Administración adscribir definitivamente a los demandantes a los **puestos** que hubieran obtenido, con efectos desde la toma de posesión; asimismo, declaramos nulos de pleno derecho el artículo 6.6 y la disposición transitoria segunda del Decreto 48/1998, de 17 de abril, por el que



se regula la provisión de **puestos de trabajo** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, teniendo este pronunciamiento efectos generales, sin costas.

A su tiempo devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con certificación de esta Sentencia de la que se unirá otra a los autos originales.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ