



Roj: **STS 7756/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7756**

Id Cendoj: **28079130072010100463**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **15/12/2010**

Nº de Recurso: **1182/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 1182/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE **CANARIAS**, representada por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de 30 de noviembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias** (dictada en el recurso núm. 66/2005).

Siendo parte recurrida don Fermín , don Héctor , doña Camila , doña Daniela , doña Estrella , doña Hortensia , doña Luz , don Mario , don Rodrigo , doña Sagrario , doña Zulima , doña Africa , don Jose Ángel , doña Bibiana y doña Delfina , que no han comparecido en esta fase de casación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" **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".*

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE **CANARIAS** promovió recurso de casación y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

*"Que (...) case y anule la sentencia con los pronunciamientos que corresponda, declarando conformes a Derecho los artículos 6.6 y la disposición transitoria segunda del Decreto **48/1998**, de 17 de abril , por el que se regula la **provisión** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de **Canarias** y asimismo, conforme a Derecho el acto administrativo impugnado respecto de los recurrentes indicados en el antecedente segundo de este escrito".*



CUARTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 1 de diciembre de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia fue promovido por don Fermín y varias personas más, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de 25 de junio de 2004 de la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que dispuso el nombramiento de todos ellos como funcionarios de carrera del Cuerpo Auxiliar (Grupo D) en virtud de pruebas selectivas convocadas por Orden de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica de 18 de febrero de 2003.

Esta resolución acordó también la adjudicarles con carácter provisional los **puestos de trabajo** que habrían de desempeñar, invocando para ello que no había sido convocado un previo concurso de **provisión** entre funcionarios de carrera.

La pretensión por ellos deducida fue que se condenara a la Administración a que el destino adjudicado lo fuese con carácter definitivo y no provisional.

La sentencia que se recurre en la actual casación anuló el acto impugnado e impuso a la Administración la adscripción definitiva solicitada, con el argumento principal de que esa adjudicación provisional era inválida por ser ilegales el artículo 6.6 y la disposición transitoria segunda del Decreto **48/1998**, de 17 de abril, del Gobierno de **Canarias** [sobre regulación de la **provisión de puestos de trabajo** del personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de **Canarias**].

También declaró la nulidad de pleno derecho de ambas normas reglamentarias en aplicación de lo establecido en el artículo 27.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

El contenido del artículo 6.6 y la disposición transitoria segunda del Decreto **48/1998** era el siguiente:

" **Artículo 6** .

6. 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.

Disposición Transitoria Segunda .

Funcionarios de nuevo ingreso. En tanto no se resuelvan los concursos de méritos correspondientes a los distintos Cuerpos y Escalas, los funcionarios de nuevo ingreso de tales Cuerpos y Escalas, serán adscritos con carácter provisional".

La sentencia de Tenerife, en sus fundamentos, hizo referencia primero a lo establecido en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública -LMRFP-, que lo interpretó en el sentido de que una cosa es que haya desaparecido la exigencia de que las plazas ofrecidas a los funcionarios de nuevo ingreso sean sacadas previamente a concurso entre funcionarios incorporados en la Administración y otra distinta que la Administración no pudiera hacerlo en virtud de su potestad de autoorganización.

Y señaló que el problema a decidir era precisamente determinar si era lícita la adscripción provisional de los funcionarios de nuevo ingreso precisamente con la finalidad de llevar a cabo ese concurso previo.

Después de esa precisión, las razones que le llevaron a apreciar esa ilegalidad en esos preceptos reglamentarios que antes se han mencionado y a declarar su consiguiente nulidad fueron principalmente estas dos : que las normas reglamentarias controvertidas carecían de cobertura en la Ley de la Función Pública **Canaria**; y también se oponían a lo establecido en la legislación básica estatal, constituida en este caso por la mencionada Ley 30/1984 -LMRFP -, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 (Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964) -LFCE- y el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de **Provisión de Puestos de Trabajo** y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo - Rto/INGR-PROV-.

En cuanto a la oposición a esa legislación básica, principalmente argumentó que esa adscripción provisional del funcionario de nuevo ingreso no estaba prevista en la Ley 30/1984 porque esta sólo la contemplaba para casos muy diferentes en los artículos 21.2. b) y 29 bis.2; que el artículo 60.2 de la LFCE de 1964 era el que regulaba la adjudicación de **puestos de trabajo** para funcionarios de nuevo ingreso; y que el desarrollo reglamentario de esas regulaciones legales lo hacía el Rto/ING-PROV, que en su artículo 63 tasaba los casos



de adscripción provisional (sin contemplar al funcionario de nuevo ingreso) y en el artículo 26.1 del Rto/INGR-PROV establecía que la adjudicación de **puestos de trabajo** a los funcionarios de nuevo ingreso tendrá carácter definitivo.

SEGUNDO.- El recurso de casación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE **CANARIAS** invoca en su apoyo tres motivos, todos ellos amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional (LJCA).

El primero, reprocha a la sentencia recurrida la indebida aplicación del artículo 103.3 de la Constitución, por haber considerado, indebidamente a juicio del recurso, que esos preceptos del Decreto **48/1998** que anuló infringían el principio de reserva de ley en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Tras señalar que lo referido al primer destino en la función pública no es propiamente **provisión**, lo que principalmente se argumenta es que la forma de adscribir ese primer destino no forma parte necesariamente del estatuto del funcionario, por ser tan sólo un aspecto complementario, y esto hace que puede ser regulado por una norma de rango reglamentaria. Y se dice que así lo demuestra el artículo 26.1 del Rto/INGR-PROV, que es la norma estatal que, con el carácter de disposición reglamentaria pero no básica, regula la asignación inicial de **puestos de trabajo**.

El segundo motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de base, principalmente contenida en su sentencia 1/2003, de 16 de enero, que se habría producido por el hecho de haber inferido que ese artículo 26.1 del Rto/INGR-PROV es una norma básica a pesar de no estar expresamente declarada como tal y tener rango reglamentario.

Y a lo anterior se añade que, por lo que hace a las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal, lo establecido en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 [LMRFP] sobre la no necesidad de un concurso previo entre quienes ya sean funcionarios debe ser interpretado no como una prohibición sino como la exclusión de una imposición u obligación.

El tercer motivo señala la infracción, por su indebida aplicación, del artículo 21 de la Ley 30/1984 [LMRFP], que se habría producido por lo que la sentencia recurrida razona sobre que el funcionario que se halla en situación de adscripción provisional no puede consolidar el grado personal; razonamiento que se viene a rebatir aduciendo que en el propio Decreto **48/1998** de la Comunidad Autónoma de **Canarias** se establece la obligación de convocar concursos anualmente para evitar que se prolongue indebidamente esa situación, y que el incumplimiento de tal obligación deberá ser exigido a la Administración la correspondiente responsabilidad pero no cambiar las normas autonómicas sobre el carácter de la adscripción del **puesto de trabajo** de los funcionarios de nuevo ingreso.

TERCERO.- Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el efecto útil que corresponde al recurso de casación impone que su estimación sólo proceda cuando las infracciones que en él sean denunciadas, además de ser justificadas, hagan necesaria una modificación de lo que fue resuelto en el fallo recurrido.

Lo anterior es lo que descarta que pueda ser estimado el recurso de casación, al ser de aplicación lo que esta Sala recientemente razonó en su sentencia de 11 de octubre de 2010 (Recurso de casación 1849/2007), que declaró lo siguiente:

"En todo caso, no debe olvidarse que el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 no dispone sólo la innecesariedad de agotar los concursos previos entre funcionarios sino que establecen el derecho de éstos a ser nombrados, pese a que dichos concursos no se hayan realizado. Se trata de un derecho subjetivo de los aspirantes, que de otra forma podrían ver su toma de posesión retrasada más allá de los seis meses que la Base 13 de la convocatoria de las Ordenes de 29 de diciembre establecían".

Ese artículo 18 de la Ley 30/1984, cuya aplicación a la actuación administrativa aquí controvertida no es discutida por la Administración recurrente pese a que le atribuya una interpretación diferente, es el que hace que el fallo de la sentencia recurrida deba considerarse acertado aunque no puedan serlo algunos de los razonamientos desarrollados en sus fundamentos.

Y así debe ser porque, frente a lo preconizado por la Comunidad Autónoma de **Canarias**, el anterior precepto legal está redactado en unos términos imperativos cuyo significado no puede ser sino el de querer evitar que los derechos funcionariales de quienes hayan adquirido su condición después de superar un proceso selectivo puedan quedar condicionados a la realización de concursos de **provisión** que hayan de ser convocados con posterioridad a la terminación de ese proceso selectivo.

CUARTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen no aplicar la regla general del artículo 139.2 de la LJCA).



FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE **CANARIAS** contra la sentencia de 30 de noviembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias** (dictada en el recurso núm. 66/2005).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ