

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de Castilla La Mancha de 14 de Enero de 2016 (rec.96/2014)

Encabezamiento

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10001/2016

Recurso Apelación núm. 96/2014

Toledo

S E N T E N C I A N º 1

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Iltmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a catorce de enero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **96/14** del recurso de Apelación seguido a instancia de Dª. Raimunda, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y dirigida por el Letrado D. Juan José Muñoz Gómez, contra la **CONSEJERÍA DE HACIENDA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, sobre CONCURSO DE MÉRITOS ; siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la *sentencia nº 267/2013, de 12 de diciembre, dictada*

por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Toledo , recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 509/2012. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"Debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por representación de D^a. Raimunda, contra la resolución de fecha 10 de octubre de 2012 dictada por la Consejería de Hacienda por la que se convoca concurso singularizado de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, por ser la resolución impugnada ajusta a derecho, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente." .

SEGUNDO.- La recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 11 de enero de 2016 a las 12 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo en atención a que la Ley 7/2007 no establece la obligatoriedad de negociación para determinar las bases de cada convocatoria sino a determinados aspectos de los sistemas de ingreso, provisión de puestos de trabajo y selección, además de que, según consta en el informe del Director General de la Función Pública obrante al folio 1 del expediente administrativo, las bases fueron presentadas para su negociación en la Mesa General de Personal Funcionario de la Administración General de 23 de julio de 2012. Y, respecto del segundo motivo que se alegaba por la parte demandante, configuración arbitraria del sistema de provisión por concurso singularizado contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como desviación de poder de la Administración, por cuanto que el procedimiento de provisión objeto de impugnación ha sido diseñado para que con la aplicación del baremo y méritos valorables únicamente puedan ser adjudicatarios de los mismos quienes de facto ya los ocupen, señalando que ello se debe al hecho de valorar la experiencia adquirida en puestos con iguales o similares funciones a las del puesto que se solicita hasta en un 30%, considera la juzgadora a quo que *" no puede considerarse que como consecuencia de la valoración como mérito de la experiencia previa, otorga la convocatoria a quienes hubieren prestado servicios como funcionarios interinos o contratados temporales vulneren el derecho que garantiza el artículo. 23.2 CE , ya que, por un lado, la consideración del tiempo de servicios previos como mérito computable obedece a circunstancias que no pueden considerarse irrazonables o arbitrarias y, por otro, tampoco puede considerarse desproporcionada la valoración cuantitativa que se ha otorgado a este mérito en las bases de la convocatoria, no existiendo en consecuencia de todo lo anteriormente señalado la Configuración arbitraria del sistema de provisión por concurso singularizado contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ni la desviación de poder de la Administración alegada por la recurrente siendo desestimado este motivo del recurso. "*

SEGUNDO.- Como ya se ha señalado por esta *misma Sala y Sección en sentencias anteriores (por todas, sentencia 22/2014, de 27 de enero, recurso 432/12)*, la regulación de la negociación colectiva en el ámbito funcional viene dada, al margen de lo recogido en la L.O. 11/1985 de 2 de agosto de *Libertad Sindical*, cuyo art. 2.2 establece que el ejercicio de la actividad sindical comprenderá en todo caso el derecho a la negociación colectiva, en la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público y, concretamente en el ámbito de la Comunidad Autónoma, en la Ley 4/2011 del Empleo Público.

Los arts. 31.1 Ley 7/2007 y 146 Ley 4/2011 disponen que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo. Por negociación colectiva, a los efectos de dichas leyes, se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública.

Esas mismas normas establecen qué cuestiones han de ser objeto de negociación y cuáles no, en los arts. 37 y 151-2 respectivamente.

En lo que nos afecta resultan de aplicación lo dispuesto en el art. 37.2.a) del Estatuto Básico del Empleado Público que excluye de obligatoriedad de negociación con las organizaciones sindicales aquellas decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de autoorganización. No obstante, sí procederá la negociación cuando dichas decisiones tengan consecuencia en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

La necesidad de negociar con la parte social el instrumento fundamental para la clasificación del personal en las administraciones públicas que es la Relación de Puestos de Trabajo es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia, y así lo ha venido admitiendo *esta Sala, como puede apreciarse en la sentencia de 11 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de apelación nº 81/08*, donde, siguiendo la doctrina del *Tribunal Supremo (sentencia de 2 de julio de 2008)*, se dice, si bien bajo la vigencia de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Regulación de los órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento, y en consecuencia hace nulo al acto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC.

Es cierto, como se dice por la parte apelante, que la referencia que en el informe del Director General de la Función Pública y Justicia de fecha 30 de julio de 2012 (documento nº 1 del expediente administrativo) a que las bases fueron presentadas para su negociación en la Mesa Sectorial de Personal Funcionario de la Administración General de 23 de julio de 2012, no garantiza que dicha negociación se llevase efectivamente a cabo, pero no lo es menos, como dice el Letrado de la Junta, que las materias objeto de negociación venían recogidas en el art. 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre *Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas*, entre las que figuraba, en su letra d) " *Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos* ", precepto que fue derogado por la disposición derogatoria única del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Y el art. 37.1.c) del EBEP dispone, en relación con la provisión de los puestos de trabajo, que " *Serán objeto de*

negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos ".

Y, en sentido negativo, el mismo artículo 37 establece, en su párrafo 2.e), que " Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes: e) La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional ".

Debe recordarse, en ese sentido, que esta misma Sala y Sección se ha pronunciado ya, en sentencias como las de 11 de marzo de 2009 (recurso de apelación 216/2007) y 25 de junio de 2009 (recurso de apelación 295/2007), citada por el Letrado de la Junta, donde se declara que "(...) la necesidad de negociar cada base de convocatoria no deriva, como se pretende, del artículo 32.j de la mencionada Ley, que se refiere a "Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley"; claramente, al mencionar que se trata de materias cuya regulación exija norma con rango de ley, la ley se está refiriendo a una negociación de un nivel superior, entre sindicatos y órganos que posean capacidad de iniciativa legislativa con competencia en la materia de que se trate, a fin de establecer una norma legal general sobre la cuestión, y no, desde luego, a la negociación con un Ayuntamiento de unas bases concretas. Cosa distinta sería que se denunciase la falta de negociación previa de la oferta pública de empleo (artículo 32.c), cosa que no se hace, o incluso la necesidad previa de negociar aspectos que sí pueden afectar a las bases, como el del "sistema de acceso" que se elija (artículo 32.g; oposición, concurso-oposición o concurso), pero no es infrecuente que tal negociación de sistemas de acceso se lleve a la negociación del Acuerdo Marco correspondiente allí se establezca una regla determinada que dimane sus efectos a todas las bases que se convoquen, sin necesidad de nueva negociación; y dado que el demandante tampoco razona nada sobre la cuestión, limitándose a una escuetísima invocación del artículo 32 .j en relación con la necesidad de negociar cada base concreta, cosa que no es admisible, como dijimos, no cabe sino al desestimación del alegato ". Ciertamente, tanto las aludidas sentencias como las que se citan en el recurso de apelación se refieren al artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio , por lo que el criterio de la Sala ha de entenderse ahora reforzado a la vista del art. 37 de la Ley 7/2007 .

Por otro lado, la lectura del preámbulo de la resolución impugnada nos revela que las bases se rigen tanto por el art. 68 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha , como por el Decreto 74/2002, de 14 de mayo, por el que se dictan normas sobre Provisión de Puestos de Trabajo del personal al servicio de la Administración, cuyo art. 13 establece, como a continuación veremos, las reglas a las que han de ajustarse los concursos específicos

TERCERO.- Distinta suerte ha de correr la segunda de las alegaciones que fundamenta el recurso de apelación, referente a la nulidad de la resolución impugnada por desviación de poder de la Administración al configurar el sistema de provisión por concurso singularizado.

Según se explicita en las Bases, la convocatoria se rige por el art. 68 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha , así como por el

Decreto 74/2002, de 14 de mayo, por el que se dictan normas sobre Provisión de Puestos de Trabajo del personal al servicio de la Administración. La convocatoria se refiere a puestos singularizados en la relación de puestos de trabajo y, en principio, cumpliría formalmente los requisitos legales por cuanto que, a falta de unas Bases generales previamente aprobadas por la Administración autonómica, las reglas para la provisión de los puestos de trabajo se encuentran recogidas en las mencionadas disposiciones reglamentarias, y concretamente, por lo que se refiere a los méritos computables en los concursos específicos y a la puntuación máxima y mínima que en las respectivas convocatorias hayan de darse a los méritos generales y a los específicos, resulta de aplicación el *art. 13 del Decreto 74/2002* , que establece lo siguiente:

" 1. Los concursos específicos constarán de dos partes. En la primera se valorarán los méritos enunciados en los apartados 1, 2 excepto el área funcional, 3 y 4 del artículo anterior y en la segunda se valorarán las relacionadas con las características y contenido de los puestos de trabajo.

2. La valoración de la primera parte se ajustará a los siguientes porcentajes:

a) El grado personal se valorará en un 15 por 100 del total.

b) El nivel del puesto de trabajo se valorará en un 15 por 100 del total. Los puestos a valorar serán los correspondientes a los cuatro años inmediatamente anteriores al de la publicación de la convocatoria.

c) La formación general recibida se valorará en un 10 por 100 del total.

d) La antigüedad reconocida se valorará en un 15 por 100 del total.

3. La valoración de los méritos específicos se efectuará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) La experiencia en funciones iguales o similares a las que se relacionen como inherentes al puesto se valorarán desde un 5 hasta un 30 por 100 del total, debiendo individualizarse en la convocatoria los puntos que correspondan a cada una de las funciones.

b) La formación específica recibida o impartida deberá tener relación directa con las funciones atribuidas al puesto de trabajo, debiéndose expresar en la convocatoria las actividades formativas que son objeto de valoración, así como la puntuación que por cada una de ellas se asigna, sin que en su conjunto puedan superar el 20 por 100 del total.

El porcentaje anterior podrá elevarse hasta el 40 por 100 del total cuando la formación específica recibida se imparta como sistema habilitante especial para el desempeño de determinados puestos de trabajo. Para ello, la convocatoria, que deberá ser autorizada por la Consejería de Administraciones Públicas y publicada en el «Diario Oficial de Castilla-La Mancha», deberá especificar esta circunstancia, así como el baremo de admisión de candidatos, el cual se ajustará a los criterios establecidos en el artículo 11 de este Reglamento.

c) La memoria, cuando así sea exigida en la convocatoria para todos o alguno de los puestos convocados, tendrá como misión contrastar la adecuación del perfil

profesional y aptitudes del concursante, así como sus posibles iniciativas para el mejor desempeño de las funciones del puesto convocado. En este caso, también podrá exigirse la realización de una entrevista, la cual tendrá como objetivo la exposición y defensa de la memoria presentada. Por este concepto se podrá otorgar una puntuación de hasta el 10 por 100 del total.

d) La posesión de titulaciones académicas que no constituyan requisito de los puestos se podrán valorar hasta el 10 por 100 del total.

e) El conocimiento de los idiomas que tengan el carácter de oficial en la Unión Europea se podrán valorar hasta el 15 por 100 del total.

f) La suma de los méritos específicos deberá ser del 45 por 100 del total del concurso.

4. La valoración de los méritos no reglados deberá efectuarse mediante puntuación obtenida con la media aritmética de las otorgadas por cada uno de los miembros de la Comisión de Valoración, debiendo desecharse a estos efectos la máxima y la mínima concedidas o, en su caso, una de las que aparezcan repetidas como tales ."

Pues bien, como señala el Letrado de la Junta, el concurso consta de dos fases, la primera, con un 55% de la puntuación máxima de 100 puntos, se refiere a los méritos generales, y su puntuación, desglosada en el apartado A) de la Base Cuarta de la convocatoria, es coincidente con lo que establece el *art. 13.1 del Decreto 74/2002* . Lo mismo sucede con los méritos específicos, pues la valoración de la experiencia adquirida en el desempeño de puestos de trabajo con funciones iguales o similares a las del puesto de trabajo que se solicita, hasta un máximo de 30 puntos, según se establece en el apartado B) de la referida Base en relación con los méritos específicos, está dentro del rango contemplado por el *art. 13.2.a) del aludido Decreto* (que dispone que la experiencia en funciones iguales o similares a las que se relacionen como inherentes al puesto se valorarán desde un 5 hasta un 30 por 100 del total, debiendo individualizarse en la convocatoria los puntos que correspondan a cada una de las funciones).

Ahora bien, sentado lo anterior, entendemos que existen elementos suficientes para concluir que nos encontramos en un supuesto de configuración arbitraria del sistema de provisión por concurso singularizado contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad, con la consiguiente desviación de poder de la Administración convocante. Efectivamente, la parte apelante alude con insistencia a que en la convocatoria se otorga una prioridad absoluta a quienes venían ocupando los puestos convocados, los cuales venían siendo cubiertos, según se alega por la parte apelante y no desmiente el Letrado de la Junta, mediante comisión de servicios , sin que conste se haya convocado concurso general o específico para su provisión mediante convocatoria pública, y llevan ocupados por dicho sistema entre 10 y 12 años, y se pretende valorar los méritos obtenidos en los puestos provistos por dicho sistema en los últimos cuatro años, pese a que dicha situación no puede prolongarse más allá del plazo máximo de dos años , es decir, con infracción del límite previsto en la normativa de aplicación para esta forma de provisión de los puestos de trabajo, lo que implica una clara situación de ventaja a favor de los funcionarios que en su día accedieron a los puestos convocados en comisión de servicios y que han continuado ocupándolos pese a agotarse el límite máximo de permanencia en dicha situación. Sin embargo, esto no solo no es así sino que, además, los méritos van referidos a los cuatro años

anteriores a la fecha de publicación de la convocatoria, lo que hace aún más difícil que un funcionario que no haya ocupado uno de los puestos convocados en ese período temporal, pueda obtenerlo en el concurso objeto de impugnación. Todo lo que implica que la Administración ha actuado, en la convocatoria, no solo de forma arbitraria al restringir, sin justificación aparente, el período temporal del cómputo de determinados méritos, tanto generales como específicos, sin con desviación de poder, en la medida en que se utiliza una fórmula aparentemente legal para tratar de consolidar la situación en que se encuentran los funcionarios que desempeñan los puestos ofertados en comisión de servicios . Ello se pone de manifiesto principalmente por el hecho de que el mérito que tiene un mayor valor específico es el de la experiencia adquirida en el desempeño de puestos de trabajo con funciones iguales o similares a las del puesto que se solicita, pues dicho mérito es valorado con un máximo de 30 puntos. Pero también se evidencia en otros apartados de las Bases impugnadas, como en la valoración específica de la experiencia en la utilización de útiles de herramientas informáticas o de otro tipo que únicamente son utilizadas en los puestos convocados, lo que tampoco ha sido desmentido por la Administración apelada; o en los 5 puntos que se otorgan en el apartado de formación específica, cuando, según acabamos de ver, el art. 13.3.b) establece que la formación, en conjunto, no puede superar el 20 por 100 del total, lo que implica que se está valorando con el máximo de puntuación la experiencia en los últimos cuatro años en funciones iguales o similares a las del puesto que se solicita, es decir, la puntuación máxima posible según el mencionado precepto, mientras que se otorga una puntuación muy distante de la máxima posible al mérito de formación, que no necesariamente lo tendrán todos los funcionarios que ocupaban los puestos en comisión de servicios .

En definitiva, si bien los méritos respetan formalmente los límites previstos por el *art. 13 del Decreto 74/2002, de 14 de mayo* , la valoración de las funciones desempeñadas en comisión de servicios más allá del límite máximo de duración de dicha situación, junto a la limitación de la valoración de los méritos a los últimos cuatro años anteriores a la publicación de la convocatoria, hacen prácticamente imposible el acceso de otros funcionarios que no ocupaban los puestos convocados puedan acceder a ellos mediante la convocatoria impugnada, lo que nos sitúa ante un supuesto de desviación de poder.

En consecuencia, se impone la estimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , las partes que ven vencidas sus pretensiones en la segunda instancia cuando son apelantes, deberán abonar las costas procesales.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S:

1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D^a Raimunda contra la *sentencia nº 267/2013, de 12 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Toledo* , que revocamos.

2.- Declaramos la nulidad de la resolución de 10 de octubre de 2012, de la consejería de Hacienda, por la que se convoca concurso singularizado de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha; condenando a la Administración demandada a pasar por dicha declaración, con cuanto más proceda en Derecho.

3.- No efectuamos expreso pronunciamiento de condena en costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a catorce de enero de dos mil dieciséis.