

En Valladolid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el recurso contencioso-administrativo núm. 1215/2010, interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de UGT, representada por la Procuradora Sra. Lafuente Mendicute, siendo parte demandada la Junta de Castilla y León, representada y defendida por Letrado de sus servicios jurídicos, impugnándose la Orden ADM/659/2010, de 6 de mayo por la que se aprueba y publica la relación definitiva de aspirantes aprobados en las pruebas selectivas convocadas por Orden ADM/1202/2009, de 19 de mayo, correspondiente a la Oferta de Empleo Público de los años 2008 y 2009, para el ingreso por el turno libre, en el Cuerpo de Ingenieros Superiores de Castilla y León y se ofertan las vacantes correspondientes, así como frente a la Orden ADM/939/2010, de 24 de junio por la que se nombran funcionarios del Cuerpo de Ingenieros Superiores (Agrónomos), turno libre de la Comunidad de Castilla y León a los aspirantes que han superado el proceso selectivo convocado por la precedentemente citada Orden ADM/1202/2009, y habiéndose seguido el procedimiento jurisdiccional ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución expresada en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente administrativo, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, y una vez que fue remitido este, se dio traslado a la parte recurrente para que formulara la demanda, lo que hizo en término legal, efectuando las alegaciones que se expresan en la fundamentación jurídica de esta resolución e interesando en el suplico que se declare la nulidad de ambas ordenes recurridas, en particular respecto a la Orden ADM/1202/2009, de 19 de mayo, en cuanto incluye en su anexo las plazas incluidas en su anexo y descritas en los apartados 1 a 7 de los antecedentes de hecho y respecto a la Orden ADM/939/2010 que se anule el nombramiento de los funcionarios que han superado el proceso selectivo y de los destinos asignados, así como los futuros destinos que se asignen a los mismos.

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda, alegando la legalidad del acuerdo recurrido.

CUARTO.- Las partes solicitaron el recibimiento del juicio a prueba, habiéndose acordado de conformidad con lo solicitado, y practicado la que consta en las actuaciones.

QUINTO.- Se formuló por las partes el escrito de conclusiones prevenido en el artículo 62 de la LJCA.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea en el presente recurso jurisdiccional, la impugnación de la Orden ADM/659/2010, de 6 de mayo por la que se aprueba y publica la relación definitiva de aspirantes aprobados en las pruebas selectivas convocadas por Orden ADM/1202/2009, de 19 de mayo, correspondiente a la Oferta de Empleo Público de los años 2008 y 2009, para el ingreso por el turno

libre, en el Cuerpo de Ingenieros Superiores de Castilla y León y se ofertan las vacantes correspondientes, así como frente a la Orden ADM/939/2010, de 24 de junio por la que se nombran funcionarios del Cuerpo de Ingenieros Superiores (Agrónomos), turno libre de la Comunidad de Castilla y León a los aspirantes que han superado el proceso selectivo convocado por la precedentemente citada Orden ADM/1202/2009.

La cuestión que se suscita a tenor del planteamiento de la parte actora es la relativa a la posible necesidad de que la provisión del puesto de trabajo que dimanara de la convocatoria debiera haberse realizado previamente por sistemas de provisión ordinarios ofertando los puestos a quienes ya eran previamente funcionarios, según dimanara entre otros preceptos de la exégesis que se deba efectuar del artículo 20.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, reguladora de la Función Pública de Castilla y León.

SEGUNDO.- Debe ciertamente entenderse, como cuestión de partida, que ha de existir una prioridad para el desempeño de los puestos de trabajo por parte de quienes ya se encuentren integrados como funcionarios en las distintas estructuras administrativas -perteneciendo a la categorías que son objeto de la convocatoria- frente a los funcionarios de nuevo ingreso, por lo que la provisión de los puestos de trabajo ha de propiciar el efectivo desempeño de dichos puestos, para hacer efectivos los derechos de movilidad horizontal de los funcionarios, conforme a los principios que se encontraban consagrados en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, cuáles eran el artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y en el ámbito normativo autonómico el artículo 25 y siguientes del Decreto Legislativo 1/1990 -precedente normativo de la actual regulación- y artículos 46 y siguientes del Decreto 67/1999, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo. La cuestión básica que se dilucida es la interpretación que deba darse al artículo 20.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo por la que se aprueba la Ley de la Función Pública de Castilla y León, precepto que es del siguiente tenor literal: "Los puestos de trabajo ofertados a los aspirantes seleccionados en las convocatorias derivadas de las necesidades de recursos humanos cuantificadas en la oferta de empleo no requerirán haber sido incluidos en concurso de méritos con carácter previo".

TERCERO.- Sobre una cuestión análoga a la planteada ha recaído la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007, citada por la parte actora, que tras efectuar diversas consideraciones generales sobre el carácter de la oferta de empleo público para la dotación de las vacantes que no pudieran ser cubiertas con los efectivos de personal existente, acaba en el sexto de sus fundamentos de Derecho, que es el más relevante para la resolución de las cuestiones planteadas, efectuando las siguientes consideraciones:

"Quinto.- La sentencia recurrida atribuye a la reforma del artículo 18.4 por la Ley 13/1996 un alcance más profundo, pues parece considerar que la regla general ha sido modificada y que ahora no es ya obligado que las vacantes incluidas en la oferta de empleo público, y en los consiguientes procesos de ingreso de personal público, se ofrezcan previamente mediante el procedimiento de provisión correspondiente a los ya funcionarios. No obstante, la sentencia matiza luego esta interpretación señalando que el margen otorgado a la Administración tras la reforma de 1996 no es ilimitado; y así, después de indicar que ya no es obligado el concurso previo entre los funcionarios viene a puntualizar que "...ello no quiere decir que la Administración puede decidir arbitraria y caprichosamente sino que se trata del ejercicio de una potestad discrecional que ha de efectuarse conforme al interés público".

Una vez hechas las afirmaciones que acabamos de reseñar, la Sala de instancia señala que "...en el caso de autos no consta que la Administración haya obrado de forma contraria al interés público, ni de forma caprichosa o arbitraria como afirman los recurrentes". Pero lo cierto es que la sentencia recurrida no explica qué razones han llevado en este caso a la Administración a no ofrecer en concurso previo a los ya funcionarios unas determinadas plazas y otras sí, ni queda explicado en la sentencia, por tanto, en qué forma el proceder de la Administración ha venido a satisfacer el interés público.

Ante tal ausencia de razones sustantivas -porque la Administración no las ha proporcionado- la sentencia recurrida formula una explicación meramente cuantitativa a partir del hecho de que por Orden de la Consejería de Administraciones Públicas de 19 de julio de 2001-es decir, antes de que se dictasen las órdenes impugnadas en el proceso de instancia- se convocó un concurso de traslado en el que se ofrecían 360 plazas. Tomando este dato, y considerando que las plazas incluidas en la oferta de empleo público estaban dispensadas de la exigencia de concurso de traslado previo, la sentencia concluye que no se ha quebrantado ningún límite legal porque el número de plazas previamente ofrecidas en concurso de traslado (360) es superior a la diferencia entre el número de plazas ofertadas finalmente a los aspirantes de nuevo ingreso (603) y las incluidas en la Oferta de Empleo Público (285).

El planteamiento no es asumible. Por lo pronto, ya hemos declarado que el párrafo añadido al artículo 18.4 por la Ley 13/1996 ("...las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo...") no alberga una exclusión general y automática del concurso previo sino que atenúa su obligatoriedad, permitiendo la norma que, de forma razonada, se excluyan determinadas plazas del concurso previo entre los ya funcionarios.

Por otra parte, ya dijimos que el aspecto cuantitativo de la controversia -referido a si el número de plazas que se pueden ofrecer a los aspirantes de nuevo ingreso queda o no legalmente vinculado por el de las incluidas en la oferta de empleo público- no tiene una incidencia directa en la posible vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución; o, al menos, no la tiene si el debate se plantea en su dimensión meramente numérica, pues en tal caso será un problema de legalidad ordinaria. Lo relevante para dilucidar si ha habido o no vulneración del derecho fundamental no es tanto -o no sólo- el número de las plazas sino la calidad y características de las ofertadas a los aspirantes de nuevo ingreso, puestas en relación con las que han sido objeto de previo concurso de traslado entre los ya funcionarios. Y es aquí donde opera la exigencia a que antes aludíamos de que la Administración explique las razones por las que se excluyen unas plazas y no otras del concurso de traslado previo.

En la medida en que respecto de las plazas excluidas de ese concurso queda seriamente debilitada la efectividad de los principios de mérito y capacidad, pues funcionarios con mayor antigüedad y experiencia no tienen posibilidad de acceder a ellas y sí la tienen, en cambio, los que acaban de ingresar, la afectación del derecho fundamental sólo resulta admisible si la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización, explica el interés público que se trata de proteger y expone los criterios seguidos para aplicar ese tratamiento diferenciado a unas y otras plazas, enervando así cualquier sospecha de arbitrariedad. Sólo de este modo queda justificado el sacrificio del mencionado derecho a la igualdad, que como es sabido no sólo opera en el momento de acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la función o el desempeño del cargo".

De conformidad con ello pueden efectuarse las siguientes precisiones:

-Ha de entenderse que el derecho a la movilidad horizontal de los funcionarios estatutarios se ha de hacer efectivo a través de la posibilidad de su participación en los concursos para la provisión de puestos de trabajo. Este derecho que no es absoluto, puede ser objeto de matizaciones, a lo que responde la excepción contenida en el artículo citado 20.3 de la Ley autonómica 7/2005, que no exige que la totalidad de los puestos ofertados a los funcionarios de nuevo ingreso hayan sido previamente incluidos en previos procedimientos de provisión a quienes ya eran anteriormente funcionarios.

-En tanto que no se vea negada la posibilidad "in genere" de participar en los procesos de provisión, como establece la norma antes citada, podrán ofertarse puestos de trabajo vacantes a dichos funcionarios de nuevo ingreso. Mas en todo caso debe siempre ser reconocible el derecho a la movilidad de los funcionarios preexistentes. De esta forma, la oferta de puestos de trabajo a funcionarios de nuevo ingreso, no puede efectuarse en una forma tal que haga ilusoria la posibilidad de participar en los puestos vacantes por parte de quienes ya ostentasen previamente la condición de funcionarios.

-Se ha de considerar por lo tanto que la no oferta previa de puestos de trabajo, en el momento procedimental adecuado, que es cuando se realiza dicha oferta de concretos puestos de trabajo, tras la relación de aprobados que han superado las pruebas selectivas, constituye una excepción al principio general que consagra el derecho de movilidad de los funcionarios públicos, con perfiles de derecho constitucional subsumible en el derecho a acceso a funciones y cargos públicos -también afectante a la provisión del puesto de trabajo en la forma que deriva del artículo 23.2 de la Constitución Española, en la interpretación jurisprudencial efectuada en la sentencia anteriormente citada-. En dicha sentencia se viene a expresar, desde la óptica de la vulneración del expresado derecho, que es la perspectiva contemplada en la misma, que los principios de mérito y capacidad exigen que los funcionarios con mayor antigüedad y experiencia han de tener prioridad para el desempeño del puesto vacante, pues obviamente los funcionarios de nuevo ingreso tienen unos méritos inferiores o no se ha contrastado otra cosa en el correspondiente procedimiento de provisión, que es donde se ha de constatar la mayor idoneidad de cada funcionario para el desempeño del puesto.

-La aplicación de la referida excepción al principio general, permitiendo ofertar puestos de trabajo a funcionarios de nuevo ingreso, a los que no han tenido la posibilidad de acceder quienes ya ostentaban con anterioridad la condición de funcionarios requerirá, que en la convocatoria en su conjunto de una forma cualitativa, antes que cuantitativa en cuanto al número de puestos a que se extiende la excepción, de forma tal que se hagan reconocibles los derechos que ostentan estos últimos funcionarios.

-La reiterada excepción al principio general deberá en todo caso estar debidamente motivada y justificada, en forma tal que sea el interés público, que ha de presidir todo el actuar administrativo, el que justifique dicha excepción. Tal motivación permitirá en todo caso revisar la causa del acto por la jurisdicción contenciosa, en forma tal que permita corroborar que dicha motivación justifica efectivamente que la excepción es atendible por razones de interés público.

CUARTO.- A tenor de las consideraciones precedentes deberá analizarse si en el presente caso la Orden ADM/659/2010 impugnada, al efectuar su oferta de concretos puestos de trabajo a funcionarios de nuevo ingreso, ha respetado el principio de que dichos puestos ya fueron objeto de procedimientos previos

provisión para los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma, en forma que no se haga ilusorio su derecho de acceso a los puestos de trabajo previamente existente o en otro caso que, cuando menos, quede debidamente motivada y justificada la excepción al principio general -no negado aún matizado en el artículo 20.3 de La Ley 7/2005- de dar prioridad a la posibilidad de acceso a quienes ya eran funcionarios frente a los de nuevo ingreso.

Conforme a los razonamientos anteriores en el supuesto analizado no puede entenderse que se encuentre justificada la excepción al principio general que conjugue el derecho de movilidad de los funcionarios, a quienes se debieron ofertas los puestos previamente vacantes, en términos que no desdibuje su derecho de movilidad y promoción profesional. Y la respuesta es negativa en cuanto que los puestos ofertados a los funcionarios que superaron el proceso selectivo, según ha puesto de relieve la certificación emitida por la propia Administración Autonómica en práctica de prueba propuesta por la parte actora -frente a lo razonado en la contestación a la demanda sobre la existencia de concursos previos, lo que no se ajusta a la realidad respecto a los puestos ofertados en esta convocatoria-, a excepción de uno de los nueve ofertados, no fueron en ningún caso objeto de oferta previa en procedimientos de provisión a quienes ya eran funcionarios de la Comunidad Autónoma. En este caso reviste tal entidad la excepción a los principios generales, a tenor de los puestos de trabajos ofertados a los funcionarios de nuevo ingreso, en cuanto que de los nueve puestos, como ya se ha dicho, solo uno fue objeto de provisión ordinaria previa, que sin duda alguna puede determinarse que tal excepción es no ajustada a Derecho, en sí misma injustificable motivadamente, dada la entidad cualitativa y cuantitativa de la oferta de puestos efectuada.

Consiguientemente, conforme a la interpretación jurisprudencial antes citada ha de entenderse que la oferta de puestos vacantes para los funcionarios de nuevos ingreso y la consiguiente adjudicación de destinos en las resoluciones impugnadas no se ajusta a Derecho.

Ahora bien ha de limitarse la declaración de nulidad de las órdenes impugnadas al aspecto relativo a la adjudicación de puestos, no en cambio al de la superación de las pruebas selectivas, ya que los aspirantes seleccionados han demostrado su idoneidad para el nombramiento como funcionarios, y en consideración a que es un aspecto conceptualmente escindible de la ulterior provisión de puestos, por lo que se ha de limitar dicha declaración de nulidad a lo relativa a la oferta de provisión de puestos a los aspirantes y a la ulterior adjudicación de destinos, desde cuya perspectiva hemos de entender que los acuerdos recurridos no son ajustados a Derecho, no en cambio en lo atinente a la relación de aprobados. Por lo tanto, la declaración de nulidad ha de limitarse a la concreta oferta de puestos de trabajo vacantes realizada por la Orden ADM/659/2010, de 6 de mayo y a la adjudicación de destinos efectuada Orden ADM/939/2010, de 24 de junio, que es consecuencia de aquélla, perviviendo, por ser ajustado a Derecho, lo relativo a la superación de las pruebas selectivas e incluso el nombramiento ulterior como funcionarios de dichos aspirantes, debiendo la Administración en ejecución de sentencia realizar todas las actuaciones complementarias para la adjudicación de puestos que conjuguen los derechos de quienes ya eran funcionarios, con la adecuada provisión de destinos de los funcionarios de nuevo ingreso, a cuyo efecto como consecuencia de la declaración de nulidad efectuada deberá efectuar nueva oferta de puestos vacantes a los aspirantes que superaron las pruebas selectivas.

QUINTO.- En cuanto a las costas, no se aprecian mala fe o temeridad para su imposición a alguna de las partes, de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra los acuerdos expresados en el encabezamiento y primer fundamento de Derecho de esta resolución, anulando dichos acuerdos en lo relativo a la oferta de puestos de trabajo vacantes realizada por la Orden ADM/659/2010, de 6 de mayo y a la adjudicación de destinos efectuada Orden ADM/939/2010, de 24 de junio en los términos expresados en el párrafo final del precedente de Derecho cuarto párrafo final, conservando el aspecto de la Orden ADM/959/2010, relativo a la superación de las pruebas selectivas y los demás conexos con el mismo hasta el nombramiento como funcionarios de dichos aspirantes, debiendo la Administración en ejecución de sentencia efectuar nueva oferta de puestos vacantes a los aspirantes que superaron las pruebas selectivas en los términos que derivan de los razonamientos de esta sentencia, todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de casación ordinario, que se preparará ante la Sala en término de 10 días.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Bartolomé Reino Martínez.- Santos Honorio de Castro García.- Felipe Fresneda Plaza.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa, en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.