

Tribunal Superior de Justicia

de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia num. 107/2019 de 7 febrero

[JUR\2019\66675](#)



Personal funcionario. Derecho a la libertad sindical. Derecho de acceso a funciones y cargos públicos.

ECLI: ECLI:ES:TSJM:2019:2

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 1744/2018

Ponente: Ilma. Sra. María Jesús Muriel Alonso

APELACIÓN Nº 1744/2018

PONENTE Sra. María Jesús Muriel Alonso

SENTENCIA 107

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilma. Sra. Presidenta :

Dª. María Jesús Muriel Alonso

Ilmos. Sres. Magistrados :

Dª. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Ignacio del Riego Valledor

Dª. Matilde Aparicio Fernández

D. Santiago de Andrés Fuentes

D. José Félix Martín Corredera

En la Villa de Madrid a siete de febrero de 2019

Visto por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso de apelación nº 1744/2018, interpuesto por la Universidad Complutense de Madrid, actuando en su nombre un Letrado de su Servicio Jurídico, contra la Sentencia dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 252/18, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 20 de Madrid, de fecha 5 de septiembre de

2018 . Es parte apelada D. Jorge , representado por el Procurador D. Álvaro Jiménez Rutillant. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-Con fecha 5 de septiembre de 2018, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, nº20 de Madrid, en el procedimiento especial de Derechos Fundamentales, seguido en el mismo con el nº 252/28 , cuya parte dispositiva dice: "Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jorge por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la resolución de 18 de abril de 2018 de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Escala Auxiliar Administrativo, debo declarar no ajustada a Derecho dicha resolución, por haber vulnerado el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 23.2 de la Constitución , y, en consecuencia, procede su anulación, desestimando las demás pretensiones de la demanda, y sin que proceda la imposición de las costas".

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de apelación en el que, una vez admitido y tramitado conforme a las prescripciones legales se ha señalado para votación y fallo el día 6 de febrero del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^ª. María Jesús Muriel Alonso, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El presente recurso de apelación se interpone contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 20 de Madrid con fecha 5 de septiembre 2018 , que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jorge por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la resolución de 18 de abril de 2018 de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Escala Auxiliar Administrativo y declara no ajustada a Derecho dicha resolución, por haber vulnerado el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 23.2 de la Constitución .

La Sentencia impugnada, en sus fundamentos de derecho, examina la jurisprudencia constitucional aplicable, y en su fundamento jurídico tercero, efectúa las siguientes consideraciones: "*en primer lugar, establece el apartado 2 de la Disposición transitoria que "Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y a continuación, en el final último inciso del apartado 3 dispone que "En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria", con lo que no incluye en la nota de excepcionalidad del proceso de "consolidación de empleo" que las plazas deban atribuidas preferentemente a los funcionarios interinos que las ocupaban, nota que distingue los procesos "restringidos", y por tanto que el mérito relativo a los servicios prestados para la Administración se limiten a la Administración convocante de la prueba como en el presente caso, e incluso incluye (después de la conjunción "y") la experiencia en*

general en "puestos de trabajo objeto de la convocatoria", por lo que **la exclusión expresa en un mérito denominado "Experiencia Profesional" de tal experiencia adquirida en otro lugar que no sea en el órgano convocante infringe el principio de igualdad en el acceso a la función pública.**

En segundo lugar, el apartado 3 del artículo 61 del Estatuto Básico citado, al que remite la Disposición transitoria, requiere expresamente que "3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.". En el presente caso se convoca un proceso selectivo para cubrir 98 plazas, al que concurren, según la relación aportada al proceso y los datos que resultan del Expediente administrativo remitido, 242 funcionarios interinos, plazas cuyos puestos de trabajo que según los preceptos indicados deben haber estado "desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005", por lo que a la fecha de la publicación de la convocatoria ya habían transcurrido más de 13 años desde que los puestos estaban ocupados interinamente, lo que supone que una gran proporción, sino la mayoría, de los funcionarios interinos que concurren al proceso, y que se exige sigan en tal situación el día de la publicación de la convocatoria, poseen los 20 puntos que como máximo se atribuyen en la convocatoria a la Experiencia profesional, pues para ello sólo deben haber prestado servicios como tales 11 años y 2 meses (0,15 puntos por mes), de lo que resulta les basta con sacar en la fase de Oposición y con el otro mérito por titulación académica más de 32 de los 50 puntos (5 o 7 más que la nota de corte según se posea o no el otro mérito en su totalidad) para que, sumado a los 20 puntos, nadie pueda privarle de una de las plazas convocadas, pues la puntuación máxima que podrían obtener los demás concurrentes al proceso que no fueran funcionarios interinos de la Universidad en la categoría, que hubieran respondido correctamente a la totalidad de las 100 preguntas de la fase de Oposición y obtenido la máxima puntuación del otro mérito, sería de 52 puntos. De lo que puede concluirse que la valoración del mérito relativo a la Experiencia profesional (que, además, no guarda proporción con la valoración de méritos de la fase de Concurso, STC (Pleno) número 27/2012, de 1 marzo, FF.JJ. 8 y 9) no resulta proporcionada y determina por sí misma el resultado del proceso selectivo, considerando las concretas circunstancias del mismo, que se han indicado, lo que infringe el principio de igualdad en el acceso a la función pública".

Frente a dicha sentencia, la Universidad apelante, como fundamento del recurso de apelación que formula, señala, básicamente, lo siguiente: en primer lugar, que el hoy apelado no tiene experiencia alguna en la Administración Universitaria, y que, por lo tanto, carece de interés personal en la valoración de unos servicios prestados en Universidad distinta a la Universidad Complutense. En segundo término, afirma que se trata de un proceso selectivo de carácter extraordinario, que presenta una marcada nota de excepcionalidad como se desprende del tenor literal del artículo 19.uno.6 párrafo 7 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 en relación con la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público. Que en ningún caso existe discriminación alguna, toda vez que solo los que superen la fase de oposición (que se puntúa de 0 a 50, siendo necesario obtener una puntuación mínima de 25 puntos para superarla) pasarán a la fase de concurso, sin que en ningún caso la valoración de la fase de concurso puede ser aplicada para superar la fase de oposición. Que en un caso similar al ahora contemplado, el [Tribunal Constitucional en sentencia 107/2003, de 2 de junio \(RTC 2003, 107\)](#), ha declarado la inexistencia de vulneración del principio de igualdad, siempre que la valoración de tales servicios no impidan a terceros que puedan superar el proceso selectivo. Que en otro proceso similar en el que se han convocado 8 plazas en la Universidad, y tres de ellas han sido obtenidas por participantes que no tenían servicios valorables en la Universidad, demostrándose, por tanto, que no existe vulneración

alguna del principio de igualdad.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal solita la confirmación de la sentencia apelada, de acuerdo con su informe anteriormente emitido obrante en autos, en el que consideraba que si existía vulneración de los derechos fundamentales alegados.

En similar sentido se manifiesta el apelado, solicitando la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO

Expuestas las pretensiones de las partes, debemos comenzar indicando que resulta incuestionable que el hoy apelado ostenta legitimación activa para interponer el recurso de que esta apelación trae causa puesto que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa en el [artículo 19.1.a\)](#) de la [Ley 29/1998, de 13 de julio \(RCL 1998, 1741\)](#), reguladora de esta Jurisdicción, actualmente vigente, que alude a "ostentar un derecho o interés legítimo" como base para reconocer legitimación, comporta reconocer tal legitimación cuando, como es el caso, la anulación de las actuaciones impugnadas y pretendida produzca, de eventualmente estimarse, de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991 , de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996 , 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999 , entre otras muchas; SSTC 60/1982 , 62/1983 , 257/1988 , 97/1991 , 195/1992 , 143/1994 y ATC 327 /1997).

Estas circunstancias concurren, sin lugar a dudas, en el caso que hoy nos ocupa, en el que el hoy apelado participó en el proceso selectivo que examinamos, y aunque carezca de experiencia profesional en otras Universidades, es indudable que le afectaría la nulidad de las bases del proceso selectivo impugnado, además de indicar que la Universidad opone ahora, por primera vez, dicha falta de legitimación del recurrente pese a que anteriormente se la reconoció.

Y para terminar, sobre la conveniencia de realizar un proceso de consolidación, no nos corresponde a nosotros sino a la Administración decidir si hace uso de la facultad conferida en la Disposición transitoria cuarta del [Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2015, 1695, 1838\)](#), llevando a cabo convocatorias de procedimientos de estabilización de empleo temporal para el personal interino que se encuentre desempeñando puestos con anterioridad al 1 de enero de 2005.

TERCERO

El proceso selectivo cuestionado convocaba 98 plazas para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Escala Auxiliar Administrativa en el marco del proceso de estabilización del empleo temporal.

La base cuestionada dispone literalmente lo siguiente: "Experiencia profesional: se puntuará con 0,15 puntos por mes completo, hasta un máximo de 20 puntos, los servicios prestados en la Universidad Complutense de Madrid como funcionario interino de la escala Auxiliar Administrativa de la Universidad Complutense.

Sólo se valorarán los servicios prestados como mérito en esta fase de concurso, si los aspirantes ostentan la condición de funcionario interino de la escala Auxiliar administrativa de la Universidad Complutense, el día de la publicación de esta convocatoria en el Boletín Oficial del Estado".

Por tanto, es claro que la cuestión a dilucidar en los presentes Autos consiste en determinar si el hecho de que únicamente se valoren en la fase de concurso los servicios prestados en la Universidad Complutense al personal interino el día de la publicación en el BOE y el peso que dicha valoración tiene en la fase total del proceso selectivo impide o no que terceros carentes de esa prestación previa de servicios de la Universidad convocante pueda superar el proceso selectivo y obtener una de las plazas convocadas.

Pues bien, como acertadamente señala la Universidad Complutense, lo primero a significar es que nos encontramos en el ámbito de un proceso selectivo derivado del art 19 uno, apartado 6º de la [Ley 3/2017, de 27 de junio \(RCL 2017, 839, 1317 y RCL 2018, 574\)](#), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en cuya exposición de motivos se justifica sobradamente el carácter singular y extraordinario de la oferta de empleo público que posibilita el presente proceso, cuando expone que: " La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, haciéndose eco del acuerdo para la mejora del empleo público firmado el 29 de marzo de 2017 por el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las Organizaciones Sindicales, establece en el apartado 6 del artículo 19.uno el objetivo de reducir por debajo del 8% la tasa de cobertura temporal en determinados ámbitos del sector público, a través de procesos de estabilización a desarrollar con base en las ofertas de empleo que deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019. Para la articulación de estos procesos selectivos, que en todo caso habrán de respetar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad recogidos en el [artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2015, 1695, 1838\)](#), se dispone que podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, incluyéndose medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos.

Estos procedimientos de "estabilización del empleo público", según dispone el citado artículo 19, se regirán por la [disposición transitoria cuarta](#) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que se refiere a "la consolidación de empleo temporal", disponiendo en su apartado 3 que "el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria".

De dicha normativa, se desprende, sin duda, que nos encontramos ante un proceso de estabilización del empleo temporal, que responde, obviamente, al incremento que se ha producido en la tasa de interinidad generado como consecuencia de las especiales circunstancias económico-presupuestarias acaecidas en los últimos años

Concurren pues, circunstancias especiales para la valoración de la experiencia que se discute, que hace que el propio legislador, teniendo en consideración *la existencia de un número elevado de interinos en el ámbito de las distintas Administraciones públicas, lo que no es deseable para los propios funcionarios interinos, permita* a la Administración decidir si hace uso de la facultad conferida en la Disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, llevando a cabo convocatorias

de procedimientos de estabilización de empleo temporal para el personal interino que se encuentre desempeñando puestos.

Y desde esta perspectiva, entendemos que dicha diferencia de trato es objetiva y razonable, y está basada en los principios de mérito y capacidad sin que en modo alguno podamos aceptar el planteamiento de la sentencia apelada, ya que la convocatoria establece una fase previa de oposición que tiene un valor total de 50 puntos y el máximo que se puede obtener en fase de concurso son 22 puntos, dos de los cuales se pueden conseguir por méritos distintos de la experiencia profesional. Ahora bien, para superar la fase de oposición hay que obtener como mínimo 25 puntos, de modo que, aunque se trate de un funcionario interino con servicios computables, no superaría dicho proceso selectivo sino aprobase la primera fase del proceso que examinamos. De otro lado, la máxima puntuación que puede obtenerse en el total del proceso selectivo sería de 72 puntos, de los que el funcionario interino, por servicios previos, podría obtener como máximo 20 puntos, lo que supone un 27,77 por 100 de la puntuación máxima, por lo que como acertadamente señala la Universidad apelante, dicho porcentaje lo ha considerado válido y no desproporcionado el [Tribunal Constitucional en sentencia 107/2003, de 2 de junio \(RTC 2003, 107\)](#) cuando se trata de un proceso selectivo de consolidación de empleo, y si bien, el presente proceso selectivo no es estrictamente de dicha naturaleza, como antes se ha señalado, se trata de un proceso especial, para la estabilización del empleo temporal

En fin, no existen dudas que se cumple el requisito expuesto en la referida sentencia 107/2003, de 2 de junio, en el que el trato favorable al interino es absolutamente proporcionado y equilibrado, objetivo y razonable, y basado en los principios de mérito y capacidad, sin que en el presente caso impida al resto de aspirantes acceder, esencialmente, en condiciones de igualdad a la función pública.

Todo lo cual, dado el carácter excepcional del proceso, inclina a la Sala a estimar objetivamente justificada y razonable la valoración de la experiencia cuestionada, por lo que, por cuanto se lleva razonando, nos conduce a la estimación del presente recurso.

CUARTO

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa condena de las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Universidad Complutense de Madrid, actuando en su nombre un Letrado de su Servicio Jurídico, contra la Sentencia dictada en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales nº 252/18, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 20 de Madrid, de fecha 5 de septiembre de 2018, la cual, por no ser ajustada a Derecho, revocamos, al no existir vulneración de derechos fundamentales. Todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio \(RCL 1998, 1741\)](#), reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la [Disposición Final Tercera](#) de la [Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio \(RCL 2015, 1128\)](#), el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los requisitos especificados en el artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio, en la redacción que del mismo efectúa la citada [Disposición Final Tercera](#) de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada su firmeza remítase certificación de la misma, junto con los Autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente Rollo.

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