

SENTENCIA N.º 212/2019

En VITORIA - GASTEIZ, a tres de julio de dos mil diecinueve.

La Sra. D.^a [] del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número. 121/2019 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: CON FECHA 16/11/2018, SE PRESENTO RECURSO DE REPOSICION CONTRA LAS BASES DE LA CONVOCATORIA DE OFERTA DE EMPLEO PUBLICO CORRESPONDIENTES DE LA OPE2017 Y OPE2018 DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ, APROBADAS EL 31/07/2018 Y CONTRA EL PROCESO SELECTIVO CONVOCADO DE CONFORMIDAD CON ELLAS. QUE EL 9 Y 17 DE ENERO DE 2019 SE NOTIFICO LA RESOLUCION DE 17/12/2018 POR LA QUE LA CONCEJADA DELEGADA DE FUNCION PUBLICA DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ ACORDABA DESESTIMAR EL RECURSOR SE REPOSICION ASI COMO NO HABER LUGAR A LA SUSPENSION SOLICITADA.

Son partes en dicho recurso: como recurrente [] y [] representados por el Procurador de los Tribunales D.^a [] y asistidos de Letrado; como demandado AYUNTAMIENTO DE VITORIA GASTEIZ, representado y dirigido por la Letrado de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de marzo de 2019 tiene entrada en este Juzgado la demanda interpuesta por la Procurador de los Tribunales D.^a [] en nombre y representación de [] y D. [] frente a la resolución administrativa reseñada.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos, por Decreto de 14 de marzo de 2019 se admitió a trámite la demanda, previo traslado a la Administración demandada de la demanda y los documentos que la acompañaban, requiriéndose a la misma para que aportara el expediente administrativo y emplazándola para la presentación de la contestación, trámite verificado por escrito de 17 de abril de 2019.

TERCERO.- Por Decreto de 4 de junio de 2019 se tiene la cuantía como indeterminada y, no habiendo solicitado la celebración de vista ninguna de las partes, quedan los autos pendientes a los efectos del artículo 61 de la LJCA.

CUARTO.- Por Providencia de 3 de julio de 2019 quedan los autos conclusos y vistos

para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurren en el presente procedimiento las resoluciones de 9 y 17 de enero de 2019 que desestiman los recursos de reposición interpuestos por los recurrentes frente a las bases de la convocatoria de oferta de empleo público de las OPE 2017 y 2018 del Ayuntamiento de Vitoria aprobadas el 31 de julio de 2018.

Solicitan la anulación de las bases objeto de impugnación con retroacción de lo actuado hasta el momento en el proceso selectivo y sustitución de las bases garantizando el acceso de los aspirantes en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y profesionalidad del tribunal de selección.

Atacan en primer lugar, la Base General Octava en cuanto otorga una puntuación exagerada a la experiencia profesional al servicio de administraciones organismos y entidades públicas, al otorgarse un valor de 73,33% dentro de la fase de concurso, lo que se traduce en un privilegio en relación a los aspirantes sin experiencia profesional, que prácticamente se verán imposibilitados para el acceso a la plaza por el turno libre; en segundo lugar, se ataca la valoración como mérito del euskera, cuando se ofertan plazas con fecha de preceptividad vencida, luego el idioma es requisito; en tercer lugar, se ataca la Base 7.10 en cuanto no garantiza el anonimato de las pruebas escritas de los aspirantes que por maternidad u otra circunstancia no puedan comparecer a la convocatoria ordinaria, señalándose que, conociendo la previsibilidad de tal acontecimiento, lo más correcta sería haber retrasado el examen para todos los aspirantes; se ataca igualmente la Base 6 en cuanto a la composición y atribuciones del Tribunal calificador por cuanto permite que la valoración del mérito y capacidad de un aspirante quede en manos de un vocal con cualificación técnica y del presidente y secretario, sin tal cualificación, vulnerando el artículo 4e) del Real Decreto 896/1991 de 7 de junio y los artículos 16 y 17.2 de la Ley 40/2015; por último ataca la Base que permite al tribunal alterar el orden de las pruebas, anticipando la fase de concurso a la de oposición, de forma que se excluye de la competición a quienes carecen de méritos puntuables.

Se opone AYUNTAMIENTO DE VITORIA por entender que, en relación con el peso de la experiencia laboral en la fase de concurso, se permite una puntuación máxima de 33 puntos sobre un total de 100, por lo que no resulta desproporcionado, siendo definitiva la fase de oposición con dos ejercicios eliminatorios de acuerdo con lo previsto en el artículo 61 del EBEP; que la posibilidad de retraso de la prueba para casos de maternidad cumple lo previsto en la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres, siendo una excepción admitida a la general de llamamiento único a todos los aspirantes; en relación a la posibilidad de composición del tribunal calificador, todos los miembros del mismo tienen la especialización necesaria al ser arquitectos o ingenieros de caminos o licenciados en Derecho, que la posibilidad de otorgar derecho de voto al secretario es conforme con el artículo 16 de la Ley 40/2015 y en todo caso, la constitución válida del tribunal será con el presidente, el secretario y la mitad de los miembros, de forma que siempre habrá personal con la cualificación técnica exigida; y por

último, que la Base 6 posibilita la alteración de los dos ejercicios de la fase de oposición, no la anteposición de la fase de concurso y que en cualquier faso la fase de oposición es obligatoria y eliminatoria, luego no se entrará a valorar los méritos de quienes no hayan superado con carácter previo la fase de oposición, sin que concurra vulneración del artículo 23.2 de la Constitución.

SEGUNDO.- Sobre la relevancia de la experiencia profesional

El artículo 61.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que 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.

Por lo tanto, la puntuación que suponga la experiencia profesional deberá ser proporcional en relación a la total puntuación posible, y en todo caso con el límite de que no determine el resultado del proceso selectivo por sí misma.

La Base 8 discutida dispone que la fase de oposición puede llegar a puntuarse con 55 puntos, divididos en dos ejercicios, el primero de ellos con una puntuación máxima de 8 puntos y 17 puntos, para superar el cual será necesario alcanzar una nota variable en función de los resultados alcanzados por los aspirantes, y que en ningún caso podrá ser inferior al 33% de 17, más 4, es decir, 9,61 puntos; y el segundo ejercicio con una puntuación máxima de 30 puntos, siendo necesario alcanzar 15 para tenerlo por superado.

La fase de concurso tiene una puntuación máxima de 45 puntos, de los cuales la experiencia profesional puede suponer un máximo de 33 puntos.

Es decir, para que se pueda llegar a valorar la experiencia, es necesario tener en la fase de oposición un mínimo de 24,61 puntos.

De esta manera, un aspirante con toda la puntuación posible por experiencia y que tenga la mínima puntuación en la fase de oposición obtendría un total de 57,61 puntos, superando a un aspirante sin experiencia que haya una fase de oposición perfecta, que obtendría 55 puntos, sin contar para cada caso el mérito de idioma.

Esta simulación parte del supuesto de la reducción máxima de la nota de corte en el segundo ejercicio, pero no tiene por qué ser así, pudiendo ser una nota superior, en cuyo caso fácilmente un aspirante sin experiencia podría superar a otro que cuenta con el citado mérito; en cualquier caso, se trata de un aspecto variable de difícil cuantificación.

Lo que sí resulta un hecho objetivo y no discutible es que el porcentaje que supone la experiencia en relación al cómputo total de puntos es de 33 sobre 100, es decir, 33%.

Interpretando este precepto, la jurisprudencia constitucional, enjuiciando un caso similar al presente, sentó doctrina en STC 107/2003, de 2 de junio, en la que señala que *"la conexión entre acceso en condiciones de igualdad, por un lado, y el acceso de acuerdo con los principios de*

mérito y capacidad, por otro, nos ha llevado también a controlar, para evitar una "diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes" (STC 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4), la valoración dada a algún mérito en concreto, cual es, particularmente y a los efectos que interesan en el presente caso, el relativo a la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración. Esta última circunstancia, en efecto, si bien se ha reconocido que puede ser tomada en consideración para evaluar la "aptitud o capacidad" (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3, y 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.b) del aspirante, ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el "límite de lo tolerable" (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4, 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b).

Continúa la citada Sentencia, examinando el caso concreto, y señalando que "En cuanto a la valoración en sí misma considerada de la antigüedad o servicios previos en la fase de concurso (con 8 puntos por año de servicio completo hasta un máximo de 40 puntos por cinco años o más, como se ha visto), conviene recordar ante todo que nuestra doctrina ha precisado que "la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados" (STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3). De este modo, no plantea problema de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso (aunque la valoración como mérito único de los servicios prestados tampoco sería por sí sola contraria al art. 23.2 CE, como señalan las SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 6, y 67/1989, FJ 4, pues lo determinante es si la ponderación de los servicios previos ha sido tan desproporcionada e irracional que ha desconocido el derecho a la igualdad) o se hayan tenido en cuenta otros méritos en dicha fase. Desde la perspectiva de la igualdad, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado."

Y por último, concluye que "Por otra parte, tampoco se advierte que la ponderación de los servicios previos haya sido tan desproporcionada e irracional que vulnere el art. 23.2 CE. En efecto, al margen de que la antigüedad no era el único mérito valorable en la fase de concurso (pues también se valoraba con 5 puntos el estar en posesión de una titulación académica superior a la exigida para participar en la convocatoria, como se vio), la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una sustancial ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes, como la recurrente, carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores "por libre", para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración de la Seguridad Social. La máxima puntuación que puede obtenerse por servicios previos (40 puntos con cinco o más años de servicio) supone un 27,58 por 100 de la puntuación máxima que podría obtenerse en total en el proceso selectivo (hasta 100 puntos en la fase de oposición, más 5 puntos por poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria, más un máximo de 40 puntos por servicios previos). De ahí que la relevancia

cuantitativa otorgada a dicho mérito no pueda considerarse desproporcionada ni que traspase "el límite de lo tolerable" (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4 ; 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c ; 11/1996, de 29 de enero, FJ 6 ; y 83/2000, de 27 de marzo , FJ 4).

Examinando tal Sentencia y aplicándola al caso actual, nos encontramos con que un aspirante sin experiencia podría conseguir una puntuación total superior a un aspirante con experiencia; que ningún aspirante podrá ser valorado en fase de concurso si no ha superado la nota mínima de la fase de oposición, por lo que no se produce el prohibido efecto mochila, que privilegia a los aspirantes con experiencia; que en cualquier caso la valoración máxima de la experiencia supone un 33% de la puntuación total, que no puede considerarse irracional o desproporcionado, y no permite excluir a un extraño a la Administración el acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad, teniendo en cuenta además que la experiencia no es el único mérito computable, sino que también puede entrar en juego el idioma, al que tienen acceso todos los aspirantes por igual.

En relación precisamente con este mérito (el idioma), alega el recurrente que tal elemento podría no tener efecto, por cuanto se convocan plazas con fecha de preceptividad vencida, en cuyo caso debería ser un requisito, y no un mérito.

Nada alega la Administración en este sentido, pero en cualquier caso, la posible anulación de la valoración como mérito del idioma y su establecimiento como requisito no haría sino beneficiar a los aspirantes sin experiencia, y sin que ello suponga anular el razonamiento anterior en cuanto a la ponderación de la experiencia en relación con el total de puntuación posible, ya que, de eliminar los 12 puntos que se pueden obtener como máximo por el idioma, el total de puntuación posible sería de 88, y los 33 puntos de experiencia supondrían un 29,04%.

Por lo tanto, la Base Octava en cuanto fija la valoración de la experiencia previa, debe ser considerada ajustada a Derecho.

TERCERO.- Sobre la conformación del Tribunal calificador en relación con la cualificación de sus integrantes y la posibilidad de conformación para la valoración de los aspirantes.

A la vista de la composición del Tribunal calificador, se comprueba que la mayoría de sus miembros tienen cualificación técnica relacionada con la arquitectura, y únicamente dos son licenciados en Derecho, lo que, tal como justifica la Administración, también resulta necesario para valorar las respuestas a preguntas de carácter técnico jurídico existentes en el proceso selectivo.

En cuanto a la posibilidad de que el secretario tenga voto y que el Tribunal se constituya únicamente con el presidente el secretario y un vocal, aclara la Administración el sentido de la Base 6.10 discutida, señalando que cuando dice "el tribunal no podrá constituirse ni actuar sin la asistencia de más de la mitad de sus integrantes, titulares o suplentes, siendo preceptiva la asistencia de la presidencia y la secretaria" deberá interpretarse que la presidencia y la secretaria tienen que acudir de forma obligatoria y el quorum mínimo exige la mitad del resto de miembros del tribunal, por lo que se cumple el requisito de la cualificación de las personas que procederán

a la valoración, sin vulneración de norma legal.

No se acredita tampoco que se haya producido una constitución no válida del Tribunal, por lo que, siendo la interpretación correcta y legalmente admitida la reconocida de forma expresa por la Administración, no puede considerarse inválida la Base 6.10.

CUARTO.- Sobre la posibilidad de llamamientos excepcionales

Alegan los recurrentes que la posibilidad otorgada por la Base 7.10 vulnera los principios de igualdad y concurrencia competitiva, porque no permite el anonimato en el ejercicio y además otorga ventaja a quienes se examinen con posterioridad.

La previsión de la Base se hace con carácter excepcional, y la excepcionalidad deberá estar amparada por una norma legal habilitante.

Esta norma legal es la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que obliga a remover toda circunstancia que pueda suponer un trato discriminatorio a la mujer por el hecho de serlo.

Resulta que el parto es un evento biológicamente restringido al género femenino, y además incapacita temporalmente para acudir a la convocatoria ordinaria, por lo que, señalado un día concreto, no permitir que una parturienta realice el examen con posterioridad, podría suponer una discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la excepcionalidad tiene cobertura legal.

La opción dada por los recurrentes, de posponer el día de la convocatoria para todos los aspirantes, resulta totalmente imposible, teniendo en cuenta que no puede saberse cuántas aspirantes estarán de parto en un día concreto, y no puede posponerse la convocatoria hasta que ninguna aspirante se encuentre embarazada, por la imprevisibilidad, voluntariedad y privacidad de tal circunstancia.

Por lo expuesto, la posibilidad de llamamientos extraordinarios en circunstancias como las señaladas en la Base 7.10 es ajustada a Derecho.

QUINTO.- Sobre la anteposición de la fase de concurso a la de oposición

La Base 7.7 dispone literalmente que "El Tribunal podrá disponer la celebración de las pruebas de oposición en orden diferente al establecido en las bases específicas de cada categoría, así como la celebración de varias el mismo día. En este caso sólo se evaluará cada prueba respecto de quienes hayan superado la anterior."

De la lectura literal de la Base se puede deducir que no se está permitiendo, como alega el recurrente, que se evalúe en primer lugar la experiencia profesional, sino que únicamente se altera el orden de la realización de los dos ejercicios dentro de la fase de oposición.

Y en ningún caso se procederá a la evaluación de ningún candidato que no haya superado tal fase de oposición, por lo que la posibilidad de alterar el orden no vulnera ningún precepto legal.

De acuerdo con lo anteriormente razonado, debe desestimarse íntegramente el recurso interpuesto.

SEXTO.- El artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que se impondrán las costas al litigante vencido, salvo que el caso ofrezca serias dudas de hecho o de Derecho.

En el presente caso podría entenderse que concurren suficientes dudas de Derecho en relación a la constitucionalidad de la Base en relación a la importancia de la experiencia, por lo que no se impondrán las costas.

SÉPTIMO.- Contra la presente Sentencia cabe recurso de apelación, de conformidad con el artículo 81.1 de la LJCA.

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

FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso interpuesto por ⁷
P y D, debo declarar y DECLARO resolución
impugnada CONFORME A DERECHO.

No se realiza especial pronunciamiento en costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 3837 0000 94 012119, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. MAGISTRADA que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
