

ENTRADA Nº 200707383 FECHA: 10/05/2007 10:43

DESTINO: 906 SECRETARIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

C/ Tomás Heredia nº 26 Málaga
N.I.G.: 2906733020061000102

Procedimiento: PROT.JURI.LEY 98 Nº 66/2006 Negociado: VF

De: LUIS MARÍA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Representante: MOLINA PEREZ, CECILIA

Contra: MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

ACTUACIÓN RECURRIDA: DEL DIRECTOR PROVINCIAL DEL Mº DE EDUCACION Y CIENCIA EN MELILLA DE 29/07/05 PUBLICADA EL MISMO DIA POR LA QUE SE APRUEBAN LAS LISTAS PREFERENTES DEFINITIVAS DE LOS DISTINTOS CUERPOS Y ESPECIALIDADES, EN CONCRETO PARTICULAR DE LA ESPECIALIDAD DE LENGUA CASTELLANA Y LITERATURA DE LOS PROFESORES DE EDUCACION SECUNDARIA.

**REMITIENDO TESTIMONIO SENTENCIA Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO
PARA SU EJECUCIÓN**

Adjunto se remite testimonio de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso contencioso-administrativo referenciado y que ha alcanzado el carácter de firme, al haber sido declarado por el Tribunal Supremo desierto el recurso de casación interpuesto contra la referida sentencia.

Asimismo se devuelve el expediente administrativo que se remitió en su día para sustanciar el recurso.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.1 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esa Administración demandada, DEBE:

a) Acusar recibo de esta comunicación en el plazo de DIEZ DÍAS, contados desde su recepción.

A tal efecto se remite la presente por duplicado para que se devuelva un ejemplar, sellado, fechado y firmado.

b) Llevar a puro y debido efecto lo resuelto en la sentencia, practicando lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

c) En el mismo plazo de DIEZ DÍAS participar a esta Sala cuál sea el órgano encargado del cumplimiento de la sentencia (art. 104.1 de la LJCA, ya citado).

Se advierte a esa Administración que transcurridos DOS MESES desde la comunicación de la sentencia, o en su caso del plazo menor fijado en la misma, las partes y personas afectadas podrán instar la ejecución forzosa de la sentencia (art. 104.3 de la LJCA).

En Málaga, a tres de mayo de dos mil siete

EL/LA SECRETARIO/A

MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA
MELILLA



EL INTERVENIENTE CONTENCIOSO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, en virtud de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de acuerdo con el artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 107 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha acordado y ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso administrativo número 66/06.

SENTENCIA Nº 1346 DEL AÑO 2.006
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MÁLAGA

- ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
- PRESIDENTE
 - D. JOAQUIN GARCIA BERNALDO DE QUIROS
 - MAGISTRADOS
 - D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
 - D. MANUEL LOPEZ AGULLO
 - Dª MARIA TERESA GOMEZ PASTOR
 - D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

En la Ciudad de Málaga a veintiuno de septiembre de dos mil seis.-

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso contencioso administrativo número 66 del año 2.006, interpuesto por D. LUIS MARIA ALVAREZ MARTINEZ, representado por la Procuradora Dª CECILIA MOLINA PEREZ, contra EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, representado por el SR-ABOGADO DEL ESTADO, y EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON FERNANDO DE LA

TORRE DEZA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. LUIS MARIA ALVAREZ MARTINEZ, se interpuso recurso contra resolución del MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, de fecha 29 de Julio de 2.005, registrándose el recurso con el número 66/2006.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dió traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

TERCERO.- Dado traslado a la parte demandada para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido, en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

El Ministerio Fiscal contestó la demanda mediante escrito, en el que solicitaba el dictado de sentencia estimatoria de las pretensiones del actor.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos al Magistrado ponente, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se centra el objeto del recurso en determinar si la resolución impugnada, dictada el 29-07-05 por el Director Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia en Melilla, por la que se aprueba las listas preferentes definitivas de los distintos cuerpos y especialidades en el particular relativo a la lengua castellana y literatura de los profesores de educación secundaria, en cuanto que concede prioridad absoluta para acceder a las plazas vacantes a los funcionarios interinos que vinieron desempeñándolas en el curso anterior, estableciendo para ello una lista preferente sobre los que no hubiesen ocupado plaza, vulnera o no el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución, entendiéndose la parte recurrente que dicho precepto constitucional resulta vulnerado en tanto en cuanto se quebrantan los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública al dar una preferencia absoluta a los funcionarios interinos que vinieron ocupando una plaza sobre los que no se encontrasen en dicha situación; ello aparte de que si así no se entendiese, en todo caso también resultaría infringida la legalidad ordinaria reguladora del acceso a la función pública docente en régimen de interinidad y en concreto lo dispuesto en los artículos 27 del Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y Promoción de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles del Estado y la Orden 1461/02 de 6 de junio, por todo lo cual y entendiéndose concurrente la nulidad absoluta del artículo 62.1.A solicita el dictado de una sentencia por la que se estimase el recurso. Igual pretensión estimatoria interesa el Ministerio Fiscal por entender que el establecimiento de una lista preferente quebranta el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad mérito y capacidad. A todo ello se opuso la

Abogacía del Estado al entender que, en primer lugar, el procedimiento impugnatorio elegido es inadecuado en tanto en cuanto lo que se discute es la corrección o no de la Instrucción dictada por el Subsecretario orden a la cobertura de las plazas vacantes en territorio MEC, por entender que vulnera los principios de mérito y capacidad, que no son derechos fundamentales y en segundo lugar porque la distinción que se establece con la creación de una lista preferente tiene un suficiente apoyo fáctico, que hace inoperante la alegación de la parte recurrente, y ello porque el que los años de servicios sean valorados como mérito es algo razonable, por todo lo cual interesó el dictado de una sentencia desestimatoria del recurso.

SEGUNDO.- Entrando a conocer por razones obvias sobre la cuestión que plantea la Abogacía del Estado, en cuanto a la imposibilidad procesal de admitir el actual recurso, y ello por entender que lo que en realidad se recurre no es la resolución de la Dirección Provincial del MEC, sino la instrucción dictada por las Subsecretaría del Ministerio de Educación, por la que se regula la cobertura de las plazas vacantes, la misma ha de ser resuelta en favor de lo pretendido por la recurrente, es decir, en favor de la viabilidad del actual recurso, pues, como razona el Ministerio Fiscal, en su escrito de contestación, el que la resolución impugnada traiga causa de una instrucción dictada por el Subsecretario del Ministerio, en modo alguno y per se es razón suficiente para no admitir recurso interpuesto por vulneración de los derechos fundamentales, máxime cuando una instrucción no es una disposición general que autorizase su impugnación indirecta a través de lo dispuesto en los artículos 26 y 27.2 de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO.- Desestimada la causa de oposición de carácter procesal de la Abogacía del Estado y entrando a conocer sobre la cuestión

de fondo, que según quedó dicho estriba en determinar si la resolución impugnada, en cuanto que procedió a confeccionar una lista preferente con los interinos de los distintos cuerpos y especialidades y por lo que al recurrente afecta y se refiere, en el particular de la especialidad de lengua castellana y literatura, de tal manera que los incluidos en la lista general únicamente podrían acceder a una vacante cuando se agotasen los llamamientos de la lista preferente, que venía constituida por el personal de la misma lista del curso anterior, el mismo ha de ser acogido y ello porque sin desconocer y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias 47/90 y 50/86 que el principio de mérito y capacidad reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución y que no es si no una especificación del derecho a igualdad del artículo 14 de la Constitución, es un derecho de configuración legal que permite un amplio margen tanto al legislador como la Administración para dotar, en cada caso, a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad, de un contenido concreto, de tal manera que la cuestión a discutir no es otra que determinar si los límites que el artículo 23.2 de la Constitución establece han sido traspasados contra lo en ella dispuesto, la cuestión ha de resolverse en favor de la pretensión de la parte recurrente y ello porque estableciéndose una preferencia absoluta del personal interino que se encontrase desempeñando sus funciones en años anteriores sobre aquellas personas que no se encontrasen desempeñando las mismas y que pretenden acceder a una plaza, y teniendo en cuenta que dicha preferencia, aún basada sin duda en las ventajas que a la propia función pública le supone la experiencia adquirida por aquellas personas que ya vienen ocupando plaza, no puede extenderse más allá de los límites razonables que no quebranten los principios de mérito y capacidad, pudiendo así justificarse que el hecho de venir ya desarrollando la función pueda ser valorable como tal mérito, pero sin que ningún caso permita otorgarle una preferencia excluyente, ya que como ha declarado el

Tribunal Constitucional en sentencia 50/86 la Constitución impone la obligación de no exigir para acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, de tal manera que como ha establecido en sentencia 67/89 el trato dado a los opositores interinos y contratados en relación a los opositores en un turno libre de acceso a la función pública comporta una discriminación de estos últimos, lo que confirmó en dicha sentencia 67/89 al admitir el recurso interpuesto contra la valoración de una convocatoria que concedía a los servicios prestados por el personal interino una preferencia sobre los que concurrían por el turno libre; en síntesis y entendiendo que el hecho de que la Administración pueda delimitar, dando un contenido concreto a los principios de mérito y capacidad, el alcance de los requisitos que den preferencia de manera que se tengan en cuenta circunstancias como el tiempo efectivo de servicios, ello no le autoriza a convertir ese tiempo efectivo en un título de legitimación exclusivo que permita al acceso a la función pública de carácter permanente al tener que respetarse en todo caso los principios de mérito y capacidad, siendo así que a falta de la excepcionalidad pudiera justificar el trato preferente a los que venían desempeñando la función, no puede sino estimarse el recurso interpuesto contra la resolución antes dictada y que la Sala, al amparo de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 ya citados, extiende a la instrucción general de la que tal causa.

CUARTO.- En cuanto al pago de las costas procesales, no observándose mala fe ni temeridad en ninguna de las partes, procede no hacer especial pronunciamiento.

Vistos los artículos citados así como el artículo 10.1 letra i) de la ley 29/98 en cuanto a competencia.

FALLAMOS


Que debemos de estimar y estimamos el recurso interpuesto contra la resolución antes indicada, anulando la misma. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

Librese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

La anterior resolución se remite al Sr. Ponente con su original al Centro de su procedencia para que se libere testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos y se devuelva el expediente administrativo al Centro de su procedencia.



03 MAYO 2007

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo.. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-..