

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 7 Abr. 2009, rec. 734/2008

Ponente: Castro García, Santos Honorio de.

Nº de Sentencia: 892/2009

Nº de Recurso: 734/2008

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY 56959/2009

CONCURSOS Y OPOSICIONES. Funcionarios de la Administración Local. Selección y provisión. Procedimiento para hacer efectiva la reserva de plazas para discapacitados. Confirmación de la anulación parcial de un concurso oposición convocado para la provisión de plazas de funcionarios de la categoría de Limpiador. Anulación de la exclusión de un aspirante y de un nombramiento. Derecho a ser incluido y a ser nombrado funcionario de carrera. Ausencia de incongruencia omisiva. Ausencia de infracción del principio general de vinculación a las bases de la convocatoria. El supuesto normal es el de las convocatorias ordinarias con reserva de plazas, siendo más excepcional el de las convocatorias con turno independiente.

*El TSJ Castilla y León desestima los recursos de apelación interpuestos y confirma la anulación parcial de un concurso oposición convocado para la provisión de plazas de funcionarios de la categoría de Limpiador.*

Texto

En Valladolid, a siete de abril de dos mil nueve

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00892/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 001

VALLADOLID

65588

C/ ANGUSTIAS S/N

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2008 0108071

RECURSO DE APELACION 0000734 /2008

Sobre FUNCION PUBLICA

De D/ña. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LEÓN, Gema

Representante: PROCURADOR MAR CANO HERRERA, ABOGADO D. JOSE PEDRO RICO GARCÍA

Contra Moises , Tomasa Y OTROS

Representante: PROCURADOR CONSTANCIO BURGOS HERVAS, Da. Tomasa Y OTROS

SENTENCIA Nº 892

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON ANTONIO J. FONSECA HERRERO RAIMUNDO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JESUS B. REINO GARCÍA

DON SANTOS H. DE CASTRO GARCÍA

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, el presente rollo de apelación registrado con el número 734/2008, en el que son partes:

Como apelantes: la DIPUTACION PROVINCIAL DE LEON, representada por la Procuradora Sra. Cano Herrera y defendida por el Letrado Sr. Solana Bajo; y DOÑA Gema , representada y defendida por el Letrado Sr. Rico García.

Como apelados: DON Moises , representado por el Procurador Sr. Burgos Hervás y defendido por el Letrado Sr. Castaño-Justel Lobo; DOÑA Modesta , DOÑA Adoracion , DOÑA Frida , DOÑA Soledad , DOÑA Celsa , DOÑA Martina , DOÑA Agustina , representados y defendidos por el Letrado Sr. Bermejo Porto.

Siendo la resolución impugnada la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de León, en el Procedimiento Abreviado nº 349/2007.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El expresado Juzgado dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2008 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Debo ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Moises contra el Decreto de la Ilma. Presidencia de la Excm. DIPUTACION PROVINCIAL DE LEON, de 9 de agosto de 2007, por el que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo del Tribunal Calificador del Concurso-Oposición para la provisión de diecisiete plazas de funcionarios con la categoría de Limpiador/a correspondientes a las Ofertas Públicas de Empleo de 2004, 2005 y 2006, así como contra el Decreto de la misma Presidencia de 23 de agosto de 2007 , por el que se nombran funcionarios de carrera a los aspirantes propuestos por el Tribunal Calificador, y ANULANDO la exclusión del demandante así como la inclusión y nombramiento de D<sup>a</sup> Gema en el puesto nº 17, se reconoce, como situación jurídica individualizada, el derecho del actor a que se le incluya en el Puesto nº 6 con la puntuación de 27,175 y se le nombre funcionario de carrera con efectos de 1 de septiembre de 2007 y, manteniendo los destinos de los cinco primeros aspirantes, los restantes aspirantes deberán formular nuevas peticiones de destino. Asimismo se reconoce el derecho del demandante a ser indemnizado por la Diputación Provincial de León conforme a las Bases que se contienen en el Fundamento Jurídico Cuarto. No se hace pronunciamiento condenatorio sobre las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Contra esa resolución interpuso recurso de apelación el Letrado Sr. Rico García en representación de D<sup>a</sup> Gema y el Letrado Sr. Solana Bajo en representación de la Diputación Provincial de León, recurso del que, una

vez admitido, se dio traslado a la parte demandada, que presentó escrito de oposición. Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos y el expediente a esta Sala.

TERCERO.- Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas las partes, se designó ponente al Magistrado D. SANTOS H. DE CASTRO GARCÍA.

Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo del mismo el día tres de los corrientes.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que ahora se impugna en esta alzada estimó el recurso contencioso administrativo que había sido interpuesto por la representación de Don Moises contra los Decretos de la Diputación Provincial de León de fecha 9 y 23 de agosto de 2.007, dictados en el seno del concurso oposición convocado para la provisión de diecisiete plazas de funcionarios de la categoría de Limpiador/a. En la misma se anuló tanto la exclusión de dicho aspirante como el nombramiento de D<sup>a</sup> Gema , que ocupaba el puesto 17, reconociéndose a la vez el derecho del primero a que se le incluyera en el puesto nº 6 con la puntuación de 27,175, así como a que se le nombrara funcionario de carrera con efectos de 1 de septiembre de 2.007.

El supuesto de hecho contemplado era el de un aspirante, la demandante, que no había conseguido plaza en el turno de discapacitados, que era por el que había optado, pero que no obstante había conseguido mejor puntuación que algunos de los que habían superado las pruebas en el turno libre, en donde ocuparía la posición sexta de diecisiete, dándose además la circunstancia de que las pruebas selectivas fueron idénticas en los dos turnos.

La sentencia, como decimos, estimó el recurso contencioso interpuesto bajo el argumento, básicamente, de que procedía aplicar en el caso la previsión normativa del artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2.004, de 3 de diciembre , por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, conforme al cual: "Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general."

Contra ella articulan recurso de apelación tanto la Administración demandada como la Sra. Gema , quien como efecto rebote ha resultado excluida de la lista de aprobados, planteándose en los dos una serie de alegaciones que por lo general y con alguna excepción tienen un común hilo argumental, con lo que esta Sala analizará los dos recursos de forma conjunta.

Así, haciendo un esfuerzo de síntesis pueden condensarse los motivos aducidos en los dos recursos en los siguientes: a) error padecido por la sentencia a la hora de interpretar las bases de la convocatoria, cuando la misma considera que las mismas contemplan un régimen de convocatoria única con turno independientes para aspirantes con y sin discapacidad, cuando en realidad se trata de dos convocatorias distintas; b) infracción del principio general de vinculación a las bases de la convocatoria, las que no fueron impugnadas por el recurrente sino aceptadas; c) vulneración del sistema de fuentes aplicable a los funcionarios de la Administración local, y ello dado que el Real Decreto 2271/2.004 sólo rige en el ámbito de la Administración del Estado.

A estos añadiremos otros dos sólo planteados por la Administración demandada: el vicio de incongruencia interna y la infracción del artículo 31.2 de la Ley de la Jurisdicción , planteándose éste con carácter subsidiario.

SEGUNDO.- Comenzando nuestro análisis, por razones de lógica procesal, con el motivo relativo a la incongruencia interna, se denuncia en concreto por la Diputación Provincial de León que existe una contradicción entre lo que señala la sentencia en el párrafo final del fundamento de derecho 1º y el inciso final del fundamento 3º; y ello, se dice, "dado que vendría a afirmarse simultáneamente (a) que la existencia de una Convocatoria sujeta al régimen de las Convocatorias ordinarias con reserva de plazas y no de Convocatorias en turno independiente resultaría del propio tenor de las Bases de la Convocatoria, y (b) que la Base 1.1.3 no puede ser contraria a la previsión normativa que debe regir de forma directa (refiriéndose a la aplicación de las determinaciones del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, y, en particular, a su artículo 3 apartado 2)".

Pues bien, recordaremos en primer lugar que éste es uno de los tipos de incongruencia admitido en la doctrina del Tribunal Constitucional, para el que señalan, entre otras, las SSTC 42/2005, de 28 de febrero, 69/2006, de 13 de marzo, y 140/2006, de 8 de mayo, que "la quiebra de concordancia lógica entre los Fundamentos de Derecho o entre éstos y el Fallo de una resolución judicial, que sea entonces internamente contradictoria, ocasiona un defecto de motivación (no de congruencia)". Expresando la misma idea en la STC 54/2000, de 28 de febrero: "Este Tribunal ha declarado que contradice el derecho a la tutela judicial efectiva aquella resolución judicial que revela una evidente contradicción interna o incoherencia notoria entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, en tanto que uno de los variados contenidos de aquel derecho fundamental es el que se dicte una resolución fundada en Derecho, motivada y razonada y no arbitraria. De ahí que sólo una motivación razonada y suficiente permite el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales".

Y aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado, es claro que no cabe apreciar el vicio de incongruencia omisiva que se denuncia, y ello porque el hecho de que se diga que la convocatoria de que se trata es una única sujeta al régimen de reserva de plazas para discapacitado previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2004 no es para nada incompatible con la afirmación de que hace la misma sentencia de que las bases no pueden ser contrarias a dicha previsión normativa. Además nótese que la sentencia no dice, como se señala en el recurso, que se aplique ese precepto porque las bases no pueden contrariarle, sino lo que se afirma, textualmente, es que la base "no es ni puede ser contraria a la previsión normativa", esto es, se parte de la premisa de que las bases no vulneran dicha disposición.

Por ello este motivo de la apelación no podrá ser acogido.

TERCERO.- Entrando ya en lo que es propiamente el fondo del asunto, el primer motivo que ha de ser analizado, aún cuando no haya sido planteado por las partes en este orden, es el que se refiere a la infracción de varios preceptos del ordenamiento jurídico que la Administración demandada engloba en la alegación de la vulneración del sistema de fuentes.

La idea central de este motivo es que el Juzgador ha aplicado indebidamente el Real Decreto 2271/2004, por cuanto su contenido, en el concreto particular que se discute en la litis, no se compeadece con el sistema de fuentes que ha de aplicarse a la función pública local, pudiendo tener entrada tan sólo de forma supletoria. En esta tesis se parte de la premisa de que el precepto aplicado por el Juzgador de instancia -el artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2004 - contraviene las bases de la convocatoria, y por tanto no sería aplicable el mismo por cuanto la Base decimocuarta se remite, entre otras normas, a dicha disposición pero sólo "en lo no previsto en esta convocatoria", y en consecuencia no sería aplicable el mismo, que en cualquier caso tiene como ámbito directo de aplicación el de la Administración del Estado.

En este sentido la representación de la Sra. Gema denuncia, textualmente, la "infracción en la Sentencia recurrida

en concepto de aplicación indebida del artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre , por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, e infracción del artículo 9.3 de la Constitución española y de los artículos 3 del R.D. 896/1991, de 1 de junio , por el que se establecen las Reglas Básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local y del art. 44.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo , de función pública de Castilla y León, en relación con las Bases de la Convocatoria de los procesos selectivos que nos ocupan (en especial base primera apartado 1.3, base novena, apartado 9.1 y base decimotercera); de los artículos 92.1, 100.2 y 102.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , artículos 133, 134.1 y .2 del Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril , por el que se aprueba el Texto Refundido de normas vigentes en materia de régimen local; de la Disposición Adicional 1ª y artículo 109 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo , y del artículo 21 del Decreto 67/1999, de 15 de abril , Reglamento General de ingreso del personal y de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de la servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León."

Y por su parte la Corporación demandada sobre este particular señala lo siguiente: "No resulta aplicable la Ley 7/2007, de 12 de abril, dada la data de aprobación de la Convocatoria. Dados los artículos 92 apartado 1, 100 apartado 2 y 102 apartado 1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y 133, 134 apartado 1 y 134 apartado 2 del texto refundido de normas vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril , el sistema de fuentes en el procedimiento de ingreso sería el establecido en el artículo 134 apartado 2 del texto refundido. En las remisiones que realiza, nada indica en la materia controvertida el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, pero sí la Disposición Adicional 1ª de la Ley autonómica 7/2005, de 24 de mayo , en relación con su artículo 109. La legislación autonómica remite a su desarrollo reglamentario, que es el Reglamento aprobado por el Decreto 67/1999, de 15 de abril, cuyo artículo 21 apartado 2 ..."

Pero la Sala considera que no es correcto este modo de plantear las cosas, pues habrá de tenerse en cuenta, en primer lugar y como veremos con más detalle en el siguiente motivo, que aquí estamos en realidad ante un única convocatoria con reserva de plazas para personas con discapacidad, aplicándose tal reserva, como así lo establece la base 1ª.1, "de acuerdo a la disposición adicional 19ª de la Ley 30/1.984 , de medidas para la reforma de la función pública".

Y es que no puede prescindirse de que la redacción a tal precepto ha sido dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre , sobre empleo público de discapacitados, que quedó de la forma siguiente: "En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento, de modo que, progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente."

Ello, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley, fue en trasposición de la Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de diciembre del 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que obliga a que las legislaciones nacionales prohíban la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, y también a promover medidas positivas de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública. Se persigue con ello garantizar la realización efectiva del objetivo de alcanzar el dos por ciento de los efectivos, para lo que resulta necesario elevar el cupo de plazas que hasta entonces venía establecido, ya que se había constatado su insuficiencia y el bajo número de plazas que se venían convocando.

El artículo 2.1 de esa Directiva define el principio de igualdad de trato como "la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1 "; señalándose a continuación que "existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con... una discapacidad..., respecto de otras personas; salvo que:... ii) Respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica."

En este artículo 5 se regulan lo que llama "ajustes razonables para las personas con discapacidad", disponiendo lo siguiente: "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades."

Pues bien, volviendo a la disposición 19ª de la Ley 30/1.984 , recordemos que la misma remite al desarrollo reglamentario la forma de hacer efectiva la reserva de cupo a favor de las personas con discapacidad que la misma contempla; lo que tiene lugar en el ámbito estatal a través del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre , por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, cuyo ámbito de aplicación es, según su artículo 1.2 , el personal al que se refiere el art. 1.1 de la Ley 30/1984 , pero teniendo el mismo a la vez, a tenor de su Disposición Adicional Única, el "carácter supletorio para el sector público no incluido en el ámbito de aplicación".

De este modo, la entrada de forma supletoria de la mencionada disposición no altera para nada el sistema de fuentes que en materia de empleo público local establecen los artículos 92.1, 100.2 y 102.1 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril , reguladora de las Bases de Régimen Local, 133 del Real Decreto Legislativo 781/1.986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, y 109 de la ley 7/2.005, de 24 de mayo , de la función pública de Castilla y León.

Todo ello significa, a fin de cuentas, que el régimen jurídico contemplado en el Real Decreto 2271/2004 sólo será aplicable a los procesos selectivos de personal de otras Administraciones públicas distintas del Estado si las mismas no regulasen las medidas de promoción del empleo de las personas con discapacidad a que se acaba de hacer referencia. Y en tal sentido señalaremos que este desarrollo normativo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León no se produce hasta el Decreto 83/2008, de 23 de diciembre , por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad al empleo público, disposición ésta que por razones temporales no es aplicable al proceso selectivo que nos ocupa, siendo de significar ahora que en el mismo se contempla una disposición bastante semejante a la ahora discutida en el artículo 10.2: "En el caso de que algún aspirante discapacitado en las convocatorias ordinarias con turno para personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes sin obtener plaza resultando su puntuación superior a la obtenida por otros aspirantes del turno libre, será incluido por su orden de puntuación en la relación de aprobados".

Queremos decir con ello que no podrá tenerse como disposición idónea que contenga la normativa de la reserva de plazas para personas con discapacidad a que se refiere la reiterada disposición 19ª de la Ley 30/1.984 , el Decreto 67/1999, de 15 de abril , por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal y de provisión de

puestos de trabajo de los funcionarios al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; y ello porque, además de ser anterior a dicha Ley 53/2.003 , y por lo tanto no ha sido dictado en desarrollo de la misma, porque no contiene una regulación sistemática destinada a hacer efectiva dicha reserva. Adviértase en este sentido que la única previsión que tiene este Reglamento sobre este tema es la del artículo 21.2 , en el que para nada se contempla la obligación de hacer una reserva en un determinado porcentaje de las plazas convocadas a favor de ese colectivo, señalando tan sólo la posibilidad de que exista un turno, pero sin indicar porcentajes concretos.

Por lo demás, no conviene olvidar que las propias bases de la convocatoria, en particular la 1ª.1 y la 9ª y la 14ª, se remiten a la normativa estatal que ha sido aludida, con lo que la contravención denunciada está fuera de lugar.

Resulta muy ilustrativa, para fundamentar los argumentos que venimos diciendo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2.009 recaída en el recurso nº 267/2005, en la que desde la perspectiva constitucional que proporcionan los artículos 49 y 53.3 de nuestra Carta Magna, se dice lo siguiente: "Desde esta perspectiva, el legislador español ha ido estableciendo una normativa orientada a la búsqueda de evitar la discriminación inicial que la propia discapacidad provoca en el acceso a la función pública, mediante el establecimiento de una serie de medidas positivas para el acceso de quienes se encuentran en esta situación. La disposición adicional decimonovena de la Ley 23/1988, de 28 de julio , dispuso que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por ciento de las vacantes para ser cubierta entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente.

Sin embargo, como reconoce la Ley 53/2003, de 10 de diciembre , sobre empleo público de discapacitados, esta previsión no fue suficiente para lograr el propósito que se perseguía, por lo que, recuerda que "La Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de diciembre del 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, obliga a que nuestra legislación prohíba la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, promueva medidas positivas de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública.

Sigue haciéndose necesario garantizar la realización del objetivo de alcanzar el dos por ciento de sus efectivos elevándose el cupo de plazas ofertadas por la constatación de la insuficiencia del cupo actual y el bajo número de plazas que se vienen convocando, tal como ha sido ya propuesto en muchos países de nuestro entorno, así como en los distintos informes que al respecto han sido elaborados por el CERMI, el Real Patronato, el Defensor del Pueblo y el propio dictamen del Consejo de Estado al proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública que se tramitó en la pasada legislatura". Y por estas razones, esta Ley 53/2003, modifica la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción dada a la misma por la Ley 23/1988, de 28 de julio , disponiendo que: "En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento, de modo que, progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente".

En el ámbito estatal, la Ley 53/2003 , se ha desarrollado por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre , por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, de aplicación, según su artículo 1.2 a los procedimientos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo del personal al que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y se inspira, según el apartado 3 de dicho artículo 1 en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas. Pues bien, en cuanto aquí concierne, el régimen de las convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad, viene determinado en el artículo 3 de dicha norma reglamentaria."

CUARTO.- Otro de los motivos que se aducen en los dos recursos de apelación se refiere al error en la interpretación de las bases de la convocatoria, considerándose a juicio de los apelantes, y por el contrario de lo que se dice en la sentencia apelada, que el procedimiento selectivo que nos ocupa se trata en realidad de dos convocatorias independientes, o si se quiere de una convocatoria con dos procedimientos claramente diferenciados que tienen turnos independientes para el acceso libre y para las personas con discapacidad, y ello en atención, sobre todo, a la base 1ª.3, que establece que "los aspirantes sólo podrán participar en uno de los turnos establecidos", y a la 6ª que contempla el desarrollo del proceso selectivo derivado de cada uno de los turnos de forma separada.

La consecuencia que resultaría de ello es que el precepto aplicable sería el artículo 4 del Real Decreto 2271/2004 , en vez del artículo 3, y por lo tanto no cabría aplicar su párrafo segundo , llamándose la atención acerca de que el método hermenéutico de la interpretación sistemática utilizado por el Juzgador de instancia es, en todo caso, subordinado al literal (artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del Código Civil).

Ello, entiende la Administración apelante, no se enerva por el hecho de que la base 1ª indique que la reserva lo es en cumplimiento de la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1.984 , en la redacción dada por la Ley 53/2.003 , ya que una convocatoria unificada con turnos excluyentes cumpliría también con sus determinaciones, sin que por tanto se imponga la solución adoptada por el Juzgador, no teniendo otra explicación esa remisión que la de exteriorizar el fundamento de establecer un turno específico.

Para esta tesis no se ve inconveniente en que la base 9ª establezca que al final del proceso se elaborará una única lista de aspirantes que lo hayan superado, ya que la funcionalidad se refiere exclusivamente a la adjudicación de los destinos, no teniendo por tanto virtualidad en el proceso de selección en que todo el desarrollo es separado (lista provisional y definitiva de admitidos separadas, y posibilidad de pruebas diferentes), manifestando que el hecho de que la convocatoria sea unitaria no supone sino el cumplimiento de las previsiones del Decreto autonómico 69/1.999 .

Resulta, pues, necesario transcribir los particulares de las bases de la convocatoria mencionados, señalando la base 1ª lo siguiente: "Primera.- Número, denominación de las plazas.

1.1. Es objeto de la presente convocatoria la provisión en propiedad de las plazas de personal funcionario que se relacionan en las Ofertas Públicas de Empleo de los años 2004, 2005 y 2006 mediante el sistema de selección de concurso-oposición, conforme a lo dispuesto en el art. 91.1 de la Ley 7/1985, de 1 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril y el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio:

\* 16 plazas para el turno ordinario de acceso libre.

\* 1 Plaza para el turno de Personas con discapacidad con grado de minusvalía igual o superior al 33%, de acuerdo a la disposición adicional 19ª de la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función Pública.

\* Grupo: E.

\* Escala: Administración Especial.

\* Subescala: Servicios Especiales-Personal de oficios.

1.2. Si las plazas reservadas por discapacidad, resultaren desiertas se acumularán al cupo de la oferta pública siguiente con el límite máximo acumulado del 10% de dicha oferta.

1.3. Los aspirantes solo podrán participar en uno de los turnos establecidos".

El tenor de la base 6ª es: "6.1. Expirado el plazo de presentación de instancias, la Presidencia de la Diputación declarará aprobadas las dos listas provisionales de aspirantes admitidos y excluidos, una por el turno ordinario y otra por el de personas con discapacidad, motivando las mismas y detallando expresamente los requisitos que no se reúnen, publicándose la correspondiente resolución en el Boletín Oficial de la Provincia de León, con indicación del lugar en que se encuentren expuestas al público las listas certificadas de los aspirantes y el plazo en que pueden ser subsanados los defectos."

También nos interesa la 9ª.1: "9.1. Concluidas las pruebas, el Tribunal publicará la relación de los aspirantes que han superado el proceso selectivo por orden de puntuación. Dicha relación será la determinante para la adjudicación de destinos de conformidad con las peticiones efectuadas por los interesados excepto lo establecido en el art. 9 del R.D. 2271/2004 de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo de las personas con discapacidad, relativo a la posibilidad de alterar el orden de prelación por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas debidamente acreditados."

Pues bien, y con independencia de reconocer que el mecanismo del artículo 4 del texto de continua cita serviría también para cumplir con el mandato de la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1.984 -pues el propio precepto señala que las plazas incluidas en estas convocatorias se computarán en el cupo reservado para las personas con discapacidad-, la Sala sin embargo considera que el procedimiento selectivo que nos ocupa es en realidad una única convocatoria ordinaria con reserva de plazas para personas con discapacidad, siendo varias las razones que nos llevan a esta conclusión. La primera de ellas, el mismo hecho de que se trata de una única convocatoria comprendida en un solo acto y anunciada así como tal, como así lo indican el propio título y la base 1ª.

La segunda razón se encuentra en la forma en que las bases configuran el procedimiento para hacer efectiva la reserva de plazas para discapacitados, la que como hemos dicho se hace mediante el desarrollo a través de turnos separados de las distintas etapas que componen el procedimiento selectivo, a excepción del relativo a la elaboración de la relación de aprobados; lo que a su vez es fiel reflejo del artículo 3.3 que dispone que "durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la relación de aprobados".

El tercer argumento y en la misma línea, se localiza en la base 9ª cuando al final del proceso contempla una única relación de aprobados, que no es sino, otra vez, aplicación del artículo 3.3 que dispone que "al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos los candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado". Ello, desde luego, no sucedería si se tratara del tipo de las convocatorias con turno independiente, para las que el propio artículo 4 establece que no están supeditadas a las ordinarias, y por lo tanto, en tal caso, no habría de incluirse la relación de aprobados dentro de la que pudiera corresponder a cualquier convocatoria ordinaria.

Por último, y como bien advierte la parte apelada, significaremos que el supuesto normal es el de las convocatorias ordinarias con reserva de plazas, siendo más excepcional el de las convocatorias con turno independiente. Así se

deduce la exposición de motivos del Real Decreto 2271/2.004: "Así pues, en las convocatorias de ingreso libre previstas en la oferta de empleo público se reservará un cinco por ciento de las vacantes, y se establece como posibilidad convocar de forma independiente estas plazas reservadas." Y también se infiere del articulado, en particular del artículo 4 cuando para las convocatorias en turno independiente se establece la necesidad de que efectuar una previa solicitud.

Con todo ello no puede darse a la previsión de la base 1ª.3 la relevancia que los apelantes quieren darla, pues el hecho de que se establezca la imposibilidad de presentarse en los dos turnos, no tiene otra razón de ser que la de garantizar el carácter individual de los procesos selectivos, como así se ha venido estableciendo en numerosas ofertas de empleo público; evitándose con ello situaciones perturbadoras, como la que se produciría si un mismo aspirante pudiera presentarse dos veces -una por cada turno- y tener por tanto dos oportunidades de aprobar. Pero, se insiste, de ello en absoluto podrá deducirse que el espíritu de la convocatoria sea establecer dos procesos selectivos distintos cuanto, como decíamos el propio desarrollo que contemplan las bases se ajusta fielmente a las previsiones del artículo 3 del Real Decreto 2271/2.004 .

QUINTO.- Otro de los motivos en que hemos sintetizado un grupo de las alegaciones de las partes es el de la infracción del principio general de vinculación a las bases de la convocatoria, lo que se aduce partiendo de que las mismas no han sido impugnadas por el recurrente, sino aceptadas.

Como vimos al principio, los apelantes parten de la premisa, que esta Sala considera equivocada, de que el tenor del artículo 3.2 del Real Decreto 2271/2.004 contraviene las bases de la convocatoria, de modo que al haberse aquietado a las mismas el actor, unido a que dicha disposición sólo tiene carácter supletorio, procedería la vinculación a las mismas y en consecuencia no sería aplicable tal precepto.

Ahora bien, y sin objetar para nada la aplicación de la doctrina invocada por las apelantes, es lo cierto que si comparamos el contenido de las distintas bases con aquella previsión normativa, no será posible en modo alguno apreciar alguna suerte de contravención entre ellas, sino que lo que ha sucedido, simplemente, es que en ninguna de ellas se contempla el supuesto litigioso, con lo que la aplicación de aquella disposición, dado su carácter supletorio, resultará totalmente procedente, debiendo tenerse en cuenta a este respecto que la base 14ª se remite expresamente a la misma. En este sentido señalaremos, una vez más, que la base 1ª.3, cuando no permite presentarse a los dos turnos, no es incompatible con ninguno de los preceptos del Real Decreto 2271/2.004 , lo que tampoco fue apreciado por el Juzgador cuando dijo que la base "no es ni puede ser contraria a la previsión normativa".

SEXTO.- La Corporación demandada aduce, como último motivo y con carácter subsidiario, que el artículo 31.2 de la Ley de la Jurisdicción no permite reconocer las consecuencias indemnizatorias previstas en el artículo 18, apartado 2, de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre , de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

No se alega, pues, un error en la valoración de la prueba, sino simplemente una cuestión de carácter jurídico, cual es la improcedencia de reconocer esa partida indemnizatoria en la vertiente de la pretensión de plena jurisdicción, en los términos del artículo 31.2 de la Ley 29/1.998 y como un aspecto del reconocimiento de una situación jurídica individualizada. En el caso contemplado el Juzgador había reconocido en aplicación de aquel artículo 18.2 el importe de 3.000 euros en concepto de daño moral.

Dispone dicho precepto lo siguiente: "La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la

infracción y a la gravedad de la lesión."

Pues bien, si el artículo 31.2 de la Ley de la Jurisdicción prevé, como una de las medidas posibles para el pleno restablecimiento de la situación jurídico individualizada, la relativa a la indemnización de daños y perjuicios, va de suyo que el reconocimiento de una partida por el aludido concepto de daño moral no contravendrá en modo alguno dicha disposición. Y ello sin que por otra parte se prescinda de que el artículo 10 de la Directiva 2000/78 establece el principio de la inversión de la carga de la prueba.

SÉPTIMO.- En consecuencia y en atención a todo lo razonado, ninguno de los recursos de apelación interpuestos podrá ser acogido; y en lo que hace al pronunciamiento sobre las costas procesales, el mismo cumplirá con lo establecido en los artículos 68.2 y 139.2 de la LJCA 29/1998 , sin que haya razones suficientes para no aplicar el principio del vencimiento, con lo que las mismas se impondrán a las partes cuyos recursos han sido desestimados.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación;

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación ejercitados por la Diputación Provincial de León y por Doña Gema , contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2.006 dictada en el Procedimiento Abreviado 349/07 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Dos de León, la que confirmamos.

Se condena a las expresadas apelantes a que paguen a partes iguales las costas causadas en el presente recurso.

Devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución y atento oficio a su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### 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.