



**T. S. J. EXTREMADURA SALA CON/AD
CACERES**

SENTENCIA: 01016/2009

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 1016

PRESIDENTE : DON WENCESLAO

OLEA GODOY.

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

DON JOSE MARIA SEGURA GRAU/

En Cáceres a veintinueve de octubre de dos mil nueve.-

Visto el recurso contencioso administrativo n° 839 de 2.008, promovido por el Procurador Sr. Campillo Álvarez, en nombre y representación de **ASOCIACION DE PROFESORES DE RELIGION DE EXTREMDURA (APREX-FEDER)**, siendo demandada **LA**



JUNTA DE EXTREMADURA representado por Sr. Letrado de la Junta; recurso que versa sobre: contra resolución de 8-2-2008 de la dirección de personal docente no universitario por la que se convoca lista de espera en los cuerpos de enseñanza secundaria, formación profesional, idiomas, música, artes escénicas y actualización de méritos.

C U A N T I A: Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO: Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada ; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento del juicio a prueba, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.-

CUARTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales;

Siendo Ponente para este trámite el Iltmo. Sr. Magistrado **Don Raimundo Prado Bernabeu.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se somete a examen de la Sala, la conformidad a Derecho de las Resoluciones de 8 de febrero de 2008 así como la de 28 de marzo de 2008, publicadas en el DOE N° 40 y 60 respectivamente y dictadas en el primer caso por la dirección General de Personal Docente de la Consejería de Educación y en el segundo por la Dirección General de Política Educativa de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura. La primera de las Resoluciones hace referencia al procedimiento de integración de listas de espera y actualización de las mismas del Cuerpo de Profesores a los que se refiere la Resolución, mientras que en el segundo supuesto viene determinado por la convocatoria de ingreso y acceso de tales Cuerpos. Se pretende la nulidad en lo que a las Disposiciones complementarias se refiere y en concreto los apartados relativos a la exclusión de la valoración como mérito el desempeño del profesorado de Religión.

SEGUNDO: En primer lugar es procedente pronunciarse acerca del óbice que la Administración reseña en su contestación y que viene referido a la incompetencia de la Sala para conocer la primera de las Resoluciones ya que de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 8.2 y 10 de la LJCA, al tratarse de una cuestión de personal que no se refiere al nacimiento o la extinción de la relación de servicios de Funcionarios de carrera, la competencia debe ser atribuida al Juzgado de lo Contencioso correspondiente. Pues bien, "prima facie" estamos de acuerdo efectivamente en lo que a la atribución inicial de competencia manifiesta la Recurrída, sin embargo y por lo que

a continuación expondremos, entendemos que la Sala, puede pronunciarse sobre ambas Resoluciones sin que ello de lugar ni a indefensión ni a vulneración de las Normas procedimentales. En primer lugar indicar que una vez admitido el Recurso y formulada Demanda y contestación, pugnaría contra una elemental "economía procesal", proceder a la declaración de incompetencia de una de las Resoluciones y remitirla al Juzgado de lo Contencioso correspondiente cuando en realidad y pese a tratarse de dos actos diferentes, el Recurso se centra en la misma petición y cuestión de fondo. Así pues si la Sala, posee competencia por razón de la materia y del órgano para una de ellas, no existe motivo anulatorio determinante para que la Sala llegados hasta aquí, realice un pronunciamiento sobre ambas, máxime cuando insistimos, la petición sobre el fondo de ambos acto es similar. Una interpretación conjunta de los Arts 27.2, 34 y concordantes de la LJCA, nos lleva a tal solución "pro actione" al tratarse de actos de evidente conexión material sin que a nuestro entender tal interpretación produzca indefensión efectiva a las partes quienes en definitiva, obtendrán una respuesta a sus pretensiones, respuesta que la dicta el órgano en cuestión que en última Instancia posee competencia para ello, salvo lógicamente que en su caso cupiera Casación.

TERCERO: Al amparo de lo que se asegura vulneración del art 23.2 de la Constitución así como de la Ley Orgánica 2/2006, se pretende la nulidad de ambas resoluciones al entender la Recurrente que la exclusión expresa como mérito del desempeño e impartición del profesorado de Religión, implica una discriminación sin fundamento objetivo ni razonable, conculcando los Principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública. Se alega asimismo que la exclusión contenida, no viene avalada por las Normas Educativas superiores. Por su parte, la Administración, entiende que dicha exclusión es plenamente adecuada a Derecho pues ni vulnera la Normativa ni atenta a tales Principios

constitucionales. Debemos partir que en nuestro Derecho rige el viejo axioma según el cual, las bases de una convocatoria constituyen la Ley del concurso. Asimismo hemos indicado que: "El derecho que este precepto reconoce, Art. 23.2 Constitución, es, claramente, un derecho de configuración legal, cuya existencia efectiva cobra especial relieve en relación con el procedimiento establecido por una norma para acceder a determinados cargos públicos, de conformidad con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE Por lo que el citado derecho fundamental opera reaccionalmente en una doble dirección. De un lado, respecto de la potestad normativa para configurar el procedimiento de acceso y selección, permitiendo la impugnación de aquellas bases de la convocatoria que desconocieran los principios antes aludidos y establecieran medidas manifiestamente discriminatorias (SSTC 93/1995 , 269/1994 y 115/1996 entre otras), de otro lado, el derecho fundamental garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, que han de ser aplicadas por igual a todos los participantes; impidiendo así que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC 115/1996, con cita de las SSTC 193/1987 y 353/1993"

Desde la segunda perspectiva que es la que en el presente caso, interesa, el derecho fundamental, reconocido por el Art. 23.2 CE , necesariamente se conecta con la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública. Aunque ha de tenerse presente que no toda infracción de las bases genera "per se" una vulneración del citado derecho fundamental, pues hemos declarado que "el art. 23.2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la

infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE " (STC 115/1996, fundamento jurídico 4º reiterada en las SSTC 10/1998 y 178/1998 (Sentencia Tribunal Constitucional núm. 40/1999 (Sala Segunda), de 22 marzo". Así pues, la cuestión pasa por determinar si la citada exclusión contenida en las bases, posee apoyo legal y si vulneraría los Principios citados. Debe indicarse que ni en la Ley Orgánica ni en el Decreto 98/2007 se recoge tal exclusión y así por ejemplo en el art. 16 se expone que : "El orden de los aspirantes en la lista de espera se establecerá valorando los méritos aportados por los mismos de acuerdo con los siguientes criterios:

A.- Experiencia docente previa. Hasta un máximo de 4,750 puntos.

a. Por la experiencia docente del mismo nivel educativo y de la misma especialidad en centros públicos hasta un máximo de 4,750 puntos: 0,0395 puntos por mes trabajado.

b. Por la experiencia docente en otro nivel educativo u otra especialidad distinta a la que se opta, en centros públicos, hasta un máximo de 2,375 puntos: 0,0197 puntos por mes trabajado.

c. Por la experiencia docente en centros concertados del mismo nivel educativo y de la misma especialidad por la que se opta hasta un máximo de 1,583 puntos: 0,0131 puntos por mes trabajado.

d. Por la experiencia docente distinta de la recogida en los tres apartados anteriores en centros docentes legalmente reconocidos o en programas formativos y convenios del MEC o de la Consejería de Educación llevados a cabo en Extremadura

hasta un máximo de 0,7915 puntos: 0,0065 puntos por mes trabajado.

Únicamente se tendrá en cuenta la experiencia docente en las enseñanzas regladas correspondientes a los niveles educativos no universitarios previstas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Se entenderá por centros públicos, los integrados en la red pública de centros creados y sostenidos por las Administraciones Educativas". Aquí radica a nuestro juicio el "quid" de la cuestión, es decir saber si dicha Enseñanza es de las "regladas" correspondientes a los niveles educativos no universitarios que la Ley prevé. Si se examina el art. 3 podría pensarse que ello no es así sin embargo y con toda claridad la DA segunda expone que: "La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos". Es decir, si aparece reglada en el sentido de que la Ley Orgánica la regula y prevé que la misma se imparta en los niveles educativos correspondientes. Este argumento se refuerza en la DA tercera, cuando indica que "Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas.

2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La

regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos". Es decir la Ley, no sólo se preocupa de regular o reglar dicha Enseñanza sino que exige a los profesores el mismo régimen de titulación que para el resto de enseñanzas que la Ley contiene. Toda esta interpretación posee su cierre Normativo en el art 3 del RD 696/2007 precepto que determina que para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo, a los funcionarios docentes no universitarios conforme se enumeran en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente. En definitiva y también como argumento debe indicarse que pese al cambio Normativo el Fundamento es similar al expuesto por nuestro Tribunal en la Sentencia de 7 de febrero de 2006. En resumen y como conclusiones tenemos que indicar que la asignatura de Religión es reglada por la LO de Educación prueba de ello es la regulación específica que de la misma se contiene. En segundo lugar tanto en la citada Ley como en el Real Decreto se viene a exigir una titulación similar que al resto del profesorado correspondiente al nivel educativo. Así pues al excluirse como mérito la impartición de dicha enseñanza en las Resoluciones impugnadas, se está realizando una interpretación que vulnera el sistema de jerarquía legal y además se atente al principio de igualdad en el acceso ala función pública al crearse una discriminación no objetiva. Todo lo anterior desemboca en la estimación del Recurso.



CUARTO: Conforme al art 139 de la LJCA, no cabe realizar imposición expresa en costas.

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

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española:

FALLAMOS

Que estimando el Recurso interpuesto por el procurador Sr. Campillo Álvarez en nombre y representación de Asociación de Profesores de Religión de Extremadura (Aprex-Feper) debemos declarar nulas las Resoluciones a las que se refiere el Suplico de la demanda y el Fundamento primero de esta Sentencia por lo que la Administración competente deberá anular de las mismas, las Disposiciones complementarias de los anexos IV Y IX que hacen referencia a la exclusión de valoración de la experiencia obtenida como profesor de Religión. Ello sin imposición en costas.

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la Resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

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



PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.