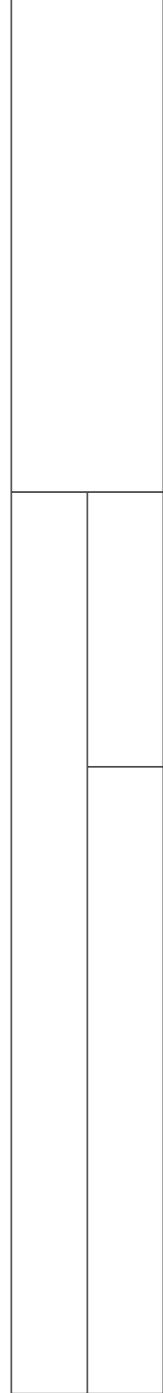


S E N T E N C I A N º 230/2024

En Donostia San Sebastián, a 22.10.2024.

Vistos por mí, [REDACTED], Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Donostia San Sebastián, los presentes autos de Procedimiento Abreviado 206 2023 seguidos ante este Juzgado a instancia de [REDACTED] y OTROS contra el ORGANISMO AUTÓNOMO FORAL KABIA, al que se acumuló el Procedimiento Abreviado 234 2023 seguido en el JCA Nº 2 de Donostia San Sebastián a instancia de [REDACTED] representados y asistidos por los profesionales que puede verse en acta, sobre personal, contra el ORGANISMO AUTÓNOMO FORAL KABIA, siendo recurrido Acuerdo de 24 de febrero de 2023, de la Junta de Gobierno del Organismo Autónomo Foral KABIA, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente al Acuerdo de 22 de diciembre de 2022, por la que se aprueban las bases generales y bases específicas del proceso selectivo excepcional para la provisión, mediante el sistema de concurso, de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario del Organismo Autónomo Foral KABIA, y contra las bases específicas del proceso selectivo excepcional de estabilización para la provisión mediante concurso de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia, Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario del Organismo Autónomo Foral Kabia de la Diputación Foral de Gipuzkoa, dicto esta Sentencia en virtud de las facultades que me son dadas por la Constitución Española.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Las actuaciones arriba referenciadas se iniciaron en virtud de recurso contencioso administrativo contra las resoluciones antedichas, interesando los recurrentes que se dictare Sentencia por la que se estime íntegramente el presente recurso y se declare la nulidad de la exigencia de perfil lingüístico de la resolución recurrida dando lugar a la nulidad de pleno derecho, según el artículo 47 de la ley 39 2015, de 1 de octubre del PACAP, de las bases por ser contrarias a los DDFE CE, RDL 5/2015 TREBEP, Ley 10/1982, BNUE y LEPV; O subsidiariamente, se condene a la demandada a reconocer el derecho de las actoras a poder presentarse al proceso para optar a todas las plazas indicadas en las bases pese a no tener el perfil lingüístico exigido para dichas plazas y conseguir la adjudicación de una de ellas; con imposición de costas; Así como que se dictare Sentencia por la que se declare la disconformidad a derecho de Base específica 4.b) requisito de Euskera, en relación con la Base específica 2.2., y la Base específica 10 del proceso selectivo excepcional para la provisión, mediante el sistema de concurso, de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia, Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario Anexo XVI, del organismo autónomo foral KABIA, dejándola sin efecto, estableciendo en consecuencia para las plazas de personal laboral de Auxiliar Sanitario/a en Eibar, sin exigencia de perfil lingüístico, con todo lo que en derecho proceda, condenando a la Administración a estar y pasar por el anterior pronunciamiento.

Segundo. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la administración demandada y se ordenó la remisión del expediente administrativo. Una vez practicadas las necesarias diligencias, celebrado juicio con el resultado que consta en autos, contestada la demanda y formuladas conclusiones, quedaron los actuaciones vistas para sentencia.



GOBIERNO VASCO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Refiere la representación de la parte recurrente en el PAB 206 2023 que las demandantes vienen prestando servicios como personal laboral con antigüedad desde 2004 y 2014, ocupando plazas de Cuidador Auxiliar de Clínica en la Residencia █████ de █████ Tienen reconocida la condición de personal indefinido no fijo. En 2020 la gestión de la residencia de traspaso del Ayuntamiento a Kabia.

Mediante Acuerdo de 22 de diciembre de 2022 se aprobaron las bases generales contenidas en el anexo I que regirán los procesos selectivos de estabilización, así como las bases específicas contenidas en los anexos II a XXVII que regirán su respectivo proceso selectivo conforme a lo indicado en el Anexo I (BOG de 30 de diciembre de 2022).

Dentro de los requisitos hay referencia específica al perfil lingüístico, con base relativa al Euskera.

La base 11.2 se refiere a PL 2 no preceptivo, 1 plaza de limpiador, como personal funcionario de carrera; 2 plazas de cuidador auxiliar de residencia auxiliar de clínica auxiliar sanitario, como personal laboral. PL 1, 4 plazas funcionario de carrera; personal laboral 3 plazas cuidador Auxiliar de residencia de clínica sanitario. 3 plazas limpiador, 1 plaza cocinera 1 plaza recepcionista auxiliar recepcionista.

A partir del Anexo II se disponen las bases específicas de cada convocatoria; y la que es objeto de recurso, el proceso de selección excepcional de estabilización para la cobertura, mediante el sistema de concurso, de 54 plazas de CUIDADOR- A/AUXILIAR DE RESIDENCIA/ AUXILIAR DE CLINICA/ AUXILIAR SANITARIO-A. (ANEXO XVI), en concreto 6 pertenecen a la plantilla de personal funcionario de KABIA y 48 a la de personal laboral fijo de KABIA.

A su vez, Anexo XVI: Bases específicas del proceso selectivo excepcional de estabilización para la provisión, mediante el sistema de concurso, de 54 plazas de «Cuidador-a / Auxiliar de residencia / Auxiliar de clínica / Auxiliar sanitario-a» del organismo autónomo foral KABIA (EP2022/15/ML) (BOG de 30 de diciembre de 2022) (DOCUMENTO N° 9).

Las bases específicas completan lo dispuesto en las bases generales (anexo I). Las plazas de «Cuidador-a / Auxiliar de residencia / Auxiliar de clínica / Auxiliar sanitario-a» convocadas, 6 pertenecen a la plantilla de personal funcionario de KABIA, y 48 a la de personal laboral fijo de KABIA, según su naturaleza de origen y se clasifican en el subgrupo de clasificación C2.

Se convocan, por el turno libre, en la modalidad de acceso general y los puestos a los que se asocian las plazas convocadas tienen asignado el perfil lingüístico (PL) 1 o 2 de euskera, preceptivo o no preceptivo, conforme se detalla en la base específica 10. También hay referencia a perfil lingüístico 1 o 2 preceptivo y no preceptivo.

En la Base específica 10 recoge la relación de puestos de trabajo a proveer, incluyendo para Eibar, 36 plazas de Auxiliar Sanitario/a, personal laboral y PL 1 preceptivo; y 3 plazas de Auxiliar Sanitario/a, personal laboral y PL 1 no preceptivo. En el resto de centros, se ofertan un total de 16 plazas, de las cuales 11 requieren de un perfil 2 preceptivo, otras 2 requieren de un PL 2 no preceptivo, y las 3 últimas requieren de PL 1 preceptivo.

Conforme a las tablas estadísticas publicadas por el EUSTAT respecto al uso de la primera lengua por ámbitos territoriales de la CAPV en el año 2021 (DOCUMENTOS N° 12 y N° 13), se obtienen los siguientes datos:

- En Gipuzkoa declara usar el euskera el 41% de la población total.

- En Gipuzkoa declara usar el euskera el 35% de población mayor de 70 años.

- En el Bajo Deba declara usar el euskera el 45% de la población total.

- En Eibar declara usar el euskera el 36% de la población total.

Se alude a la Ley 20 2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y como la RPT no puede impedir el acceso al puesto de quien lo ocupa habiendo sido declarado indefinido no fijo en el puesto.

En la fundamentación jurídica se considera que la resolución impugnada debe ser declarada nula o subsidiariamente anulada al no respetar los arts. 14, 23 y 103 de la Constitución Española, en relación con la Ley de Función Pública Vasca y el Decreto de Normalización del Uso del Euskera.

Por su parte, en el procedimiento acumulado se refiere que las Sras. ██████████ y ██████████ eran empleadas del Ayuntamiento de Irún desde el 29 de junio de 1987 y 30 de agosto de 2010, desarrollando empleo en la Residencia ██████████ ██████████

En el proceso de estabilización hay 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario. Como requisito de participación esta la referencia a euskera perfil linguistico 1 o 2 preceptivo o no preceptivo en función de la plaza. Luego expulsión de las recurrentes del proceso selectivo al no reunir el requisito del perfil. Sin poder obtener una de las 5 plazas sin perfil, porque no superaran a aquellas personas que opten al resto de las 49 plazas, por los puntos reconocidos como mérito.

Se alude en la fundamentación jurídica a la vulneración del DFFF del art. 14 CE: no discriminación por no tener conocimiento de una lengua cooficial. Art. 23 CE, derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Art. 35 CE y art. 53 CE. Incumplimiento también de las obligaciones constitucionales del art. 103 CE para las administraciones públicas. Art. 55 RDL 5 2015 Texto Refundido Estatuto Básico Empleado Público. Y de la Ley 10 1982 de 24 de noviembre, de normalización del Uso del Euskera. Así como de la Ley 11 2022, de 1 de diciembre de Empleo Público. Habiendo incurrido la administración en arbitrariedad y desviación de poder.

La administración contesta a la demanda y plantea la inadmisibilidad del recurso porque lo que se impugna del acto recurrido es reproducción de otros anteriores definitivos, firmes y consentidos: la exigencia de perfil lingüístico con o sin preceptividad no se establece con carácter novedoso. Obsérvese la Oferta de Empleo Público de Kabia plazas de estabilización de empleo temporal según la Ley 20 2021. El Extremo de las plazas de Cuidador que tenían asignado perfil lingüístico no fue recurrido. A su vez, se trata de cuestión ya definida en las Relaciones de Puestos de Trabajo aprobadas por los Ayuntamientos y los Organismos que gestionaban las residencias antes del traspaso a Kabia. Luego no hay innovación, concurriendo causa de inadmisibilidad del art. 69.c LJCA.

Describe la administración la naturaleza de Kabia como organismo autónomo con personalidad jurídica propia, adscrito al Departamento de Políticas Sociales de la DFG.

La Oferta de Empleo Público de Kabia correspondiente al proceso de estabilización de la Ley 20 2021, de 28 de diciembre se aprobó el 25.5.2022 y se publicó en el BOG 30.5.2022: 56 plazas de cuidador: 7 personal funcionario con perfil lingüístico preceptivo, 49 de personal laboral, 44 con perfil preceptivo y 5 sin perfil. Corrección de errores y ajustes derivados de pronunciamiento judicial. El 22.12.2022 se aprueba la convocatoria y las bases generales y específicas; tras corrección de errores, se ofertan 54 plazas, 3 PL

1 en Eibar no preceptivo, 2 PL2 en Oñati no preceptivo, 38 plazas 35 Eibar 3 Irún PL1 Preceptivo, 11 plazas entre Hernani, Bergara, Oñati y Tolosa PL2 preceptivo.

Expone la doctrina del TSJPV sobre la exigencia de perfil lingüístico en procesos de estabilización. No es proceso selectivo ordinario, sino proceso de estabilización de empleo temporal. El argumento de la Sala de lo Contencioso Administrativo es que en los procesos derivados de la Ley 20 2021 al encontrarnos ante procesos de empleo singular, las administraciones deben ofertar las plazas que cumplen los requisitos de esa Ley, no siendo contrario a la Ley la exigencia de PL ya que ello resulta de la RPT.

La exigencia de PL no es contraria, a su vez, al derecho a la igualdad, ni impide acceder a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad. La Ley 10 1982 obliga a la administración a la progresiva euskaldunización del personal afecto a la administración. Idem la Ley de Función Pública Vasca. No siendo discriminatoria la exigencia de Euskera. Finalmente, alude a que el conocimiento del euskera es necesario para el correcto desempeño de las funciones de la plaza de cuidador y para garantizar el derecho de las personas residentes en los centros residenciales a la atención en Euskera. Los perfiles lingüísticos están justificados y son proporcionales al puesto de trabajo. Resultando que hay 5 plazas convocadas que no exigen el conocimiento de euskera. No acreditando las recurrentes que el PL exigido no sea necesario o sea desproporcionado a las funciones de la plaza de cuidador.

Por todo ello, se interesa Sentencia desestimatoria de las demandas formuladas, con imposición de costas.

Segundo. Estudiados los escritos de demanda y contestación y vistas las posiciones de las partes en el acto del juicio tras la práctica de prueba y la formulación de conclusiones, es lo cierto que nos encontramos en una controversia de principal naturaleza jurídica en donde se hace necesario identificar en primer término y centrar debidamente el objeto del procedimiento; máxime si por la administración

demandada se plantea causa de inadmisibilidad aludiendo a posible acto firme, consentido, por encontrarnos ante reproducción de acto administrativo.

Se acciona por los recurrentes frente al Acuerdo de 24 de febrero de 2023, de la Junta de Gobierno del Organismo Autónomo Foral KABIA, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente al Acuerdo de 22 de diciembre de 2022, por la que se aprueban las bases generales y bases específicas del proceso selectivo excepcional para la provisión, mediante el sistema de concurso, de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario del Organismo Autónomo Foral KABIA, y contra las bases específicas del proceso selectivo excepcional de estabilización para la provisión mediante concurso de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia, Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario del Organismo Autónomo Foral Kabia de la Diputación Foral de Gipuzkoa.

La DFG habla de la existencia de una oferta pública de empleo así como de la relación de puestos de trabajo y de que no se acciona por la parte actora frente a ello. Sin embargo, no puede accederse a esa excepción procesal por razón de la distinta naturaleza jurídica de la impugnación de unas y otras cuestiones y en cuanto que es factible la impugnación a partir de actos de aplicación. A su vez, sobre la relación de puestos de trabajo, no pueden confundirse los conceptos de plaza y puesto, siendo ello ya manifestación de la necesidad de acudir al principio de recurribilidad, principio pro actione, ya que de otro modo nos encontramos ante la imposibilidad de control jurisdiccional. Resultando a mayor abundamiento que la impugnación se sostiene en la vulneración de derechos fundamentales de los recurrentes: doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de impugnación indirecta de las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos cuando incurren en infracción de derechos fundamentales: que es lo que integra propiamente el objeto de la presente litis.

Imposibilidad, por todo ello, de estimar la excepción de inadmisibilidad formulada por la DFG. Siendo necesario entrar al fondo de la litis.

Tercero.- Como doctrina constitucional sobre la exigencia de requisitos lingüísticos para el acceso al empleo público, resulta muy acertada e ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 49 1991 en la que se indica:

"1. El objeto del presente recurso de inconstitucionalidad es el inciso final del art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad, que establece, en referencia al personal al servicio de la misma, que «en el proceso de selección deberá acreditarse el conocimiento de la lengua catalana en su expresión oral y escrita». La representación del Estado afirma que dicho precepto choca frontalmente tanto con el principio de cooficialidad de las lenguas como con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del art. 23.2 C. E., en conexión con el art. 14 C. E., y con el principio del art. 139.1 C. E., que establece que los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. La exigencia del conocimiento del catalán para todas y cada una de las plazas de un determinado tipo de función pública o para toda ella resulta irrazonable y desproporcionada respecto del fin que fundamenta la imposición del deber, y supone un obstáculo al derecho de acceso a la función pública por parte de quien no conozca la lengua catalana.

En esta breve y compleja argumentación se entremezclan, sin la debida distinción, dos cuestiones diferentes. Por un lado, la relativa a si la exigencia del conocimiento del catalán para el ingreso en la función pública al servicio de la Generalidad de Cataluña significa introducir un factor de discriminación en perjuicio de los españoles residentes en cualquier parte del territorio nacional que no posean conocimientos de la lengua catalana; y, por otro lado, la cuestión de si introduce un requisito para el acceso a la función pública contrario a los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 C. E. y, por ello, en el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública del art. 23.2 C. E.

2. En relación con la presunta desigualdad que originaría el precepto impugnado en los derechos y obligaciones reconocidos a españoles en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 C. E.) al introducir una exigencia de conocimiento lingüístico para acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña que no se establece para el acceso a otras Administraciones, debemos partir del reconocimiento, al amparo de la remisión que efectúa el art. 3.2 C. E., del idioma catalán como lengua oficial en Cataluña (art. 3.2 E. A. C.). Se establece, así, un régimen de cooficialidad lingüística que rige en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y del que, entre otras consecuencias, se deriva que el catalán y el castellano deben ser usados preceptivamente por la Administración en la forma determinada por la Ley (art. 5.2 Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983, de 18 de abril, de Normalización Lingüística) y que el catalán sea lengua propia de la Administración territorial catalana (art. 5.1 Ley 7/1983, en relación con el art. 3.1 E. A. C.). Consecuencia todo ello de que, como dijimos en la STC 82/1986 (fundamento jurídico 2.º), una lengua es oficial cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Naturalmente, el establecimiento de un régimen de cooficialidad lingüística en una parte del territorio del Estado no contradice el principio de igualdad de los españoles en todo el territorio nacional, recogido por el art. 139.1 C. E., ya que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones, puesto que con ia debida reserva respecto de la igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades (art. 149.1.1.a C. E.), «la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2.º).

De lo expuesto, resulta claro que la exigencia de conocimiento del catalán para el acceso a la función pública de la Administración de la Generalidad no es discriminatoria desde la vertiente de la igualdad de los españoles en todo el territorio nacional. Cuestión distinta, que analizaremos seguidamente, es la de si esa exigencia comporta un factor de discriminación

personal entre quienes tienen conocimientos de catalán y quienes no los tienen en cuanto al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 C. E., en relación con el art. 14 C. E.).

3. El Abogado del Estado reconoce que la Administración de la Generalidad de Cataluña puede encontrar en los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 C. E. un fundamento para exigir el conocimiento del catalán en el acceso a la función pública, pero en cuanto dicha exigencia supone un condicionamiento singular y específico sólo sería admisible constitucionalmente en lo estrictamente indispensable para el fin que justifica la imposición del mismo. Además, dicha exigencia, en cualquier caso, habría de ser proporcionada a la naturaleza de la plaza de que se trate. El precepto impugnado, desde su punto de vista, resultaría discriminatorio para quienes no posean conocimiento del catalán y pretendieran acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad.

Sin embargo, el inciso impugnado del art. 34 de la Ley catalana 17/1985, al establecer la exigencia de conocimiento del catalán, parte de lo dispuesto en el inciso precedente, en el que se recogen los principios constitucionales de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103.3 C. E.). Y dentro de estos principios es donde se sitúa el requisito de conocimiento del catalán. No resulta aceptable el argumento del Abogado del Estado de que esa exigencia puede suponer un obstáculo para acceder a la función pública para quien carezca del conocimiento del catalán. El propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluible dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito ad extra, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un

mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el art. 103 C. E. (STC 27/1991, fundamento jurídico 4.º),

La razonabilidad de valorar el conocimiento del catalán como requisito general de capacidad, aunque variable en su nivel de exigencia, viene justificada por diversos motivos. En primer lugar debemos mencionar el carácter del catalán como lengua de la Administración de la Generalidad, junto con el castellano, ambas de uso preceptivo (art. 5 Ley catalana 7/1983); que son válidas y eficaces las actuaciones administrativas hechas en catalán (art. 7.1 Ley catalana 7/1983); y que los particulares gozan del derecho de usar el catalán en sus relaciones con la Administración (art. 8 de la Ley 7/1983 y STC 82/1986, fundamento jurídico 3.º). Además, se trata de un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la Administración autónoma (art. 103,1 C. E.), por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica, dado el carácter cooficial del idioma catalán en Cataluña (art. 3.2 C. E. y art. 3.2 E. A. C.) y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

4. Cuestión distinta, como subraya el representante del Parlamento de Cataluña, es la de la proporcionalidad de esa exigencia, en función del tipo y nivel de la función o puesto a desempeñar, que viene impuesta por el art. 23.2 C. E., pues sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Ciertamente una aplicación desproporcionada del precepto legal podría llevar a resultados discriminatorios, contrarios tanto al art. 14 como al 23.2 C. E., pero ello no resulta directamente del precepto impugnado, que entendido en sus propios términos, no tiene nada de objetable desde el punto de vista constitucional.

El Abogado del Estado reconoce en su escrito de interposición del recurso, que en realidad no cuestiona tanto la constitucionalidad del precepto como la constitucionalidad de la aplicación del mismo, que entiende debería estar supeditada a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. Pero como ha afirmado este Tribunal en otras ocasiones (valga por todas la STC 58/1982, fundamento jurídico 2.º), no sirve como argumento de la inconstitucionalidad de una norma el que en su aplicación o desarrollo puedan producirse extralimitaciones. Estas caben en la aplicación o desarrollo de cualquier norma legal y frente a ello el art. 23.2 C. E. permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante este Tribunal en vía de amparo, las normas reglamentarias o aplicaciones de las mismas que quiebren la igualdad (STC 50/1986, fundamento jurídico 4.º). Por consiguiente, en tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los Cuerpos y Escalas o plazas de la Función Pública de la Generalidad no se utilice la exigencia de conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a su función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida por el art. 23.2 C. E. En todo caso, se trata de meras hipótesis, no basadas en evidencia fáctica alguna, y que en absoluto desvirtúan la constitucionalidad del inciso final del art. 34 de la Ley catalana 17/1985.

Cuarto.- Llegados a este punto, por razón del objeto mismo de la convocatoria: proceso selectivo excepcional de estabilización para la provisión mediante concurso de 54 plazas de Cuidador Auxiliar de Residencia, Auxiliar de Clínica Auxiliar Sanitario, parece razonable concluir la notoria vertiente relacional y la posible interacción comunicativa para con los usuarios de los centros residenciales y centros de día para personas mayores en situación de dependencia. Ello a su vez, nos llevaría a analizar el nivel exigido en algunas -la práctica totalidad como luego veremos- de esas plazas: PL 1 y PL 2.

Sin embargo, el examen de esos extremos, forma en la que se pruebe la razonabilidad en la exigencia del conocimiento del Euskera y concreto perfil lingüístico a acreditar, exige que previamente se ponga el acento en la singularidad que presenta la actuación recurrida al encontramos con que de las 54 plazas que son objeto de la convocatoria, resultan 49 perfiladas y únicamente

5 no perfiladas, en donde el euskera es merito 5 puntos si PL 1, 10 puntos si PL 2. Debiendo subrayarse desde un principio que respecto de la justificación de esa determinación, nos encontramos con que no existe una debida motivación por la administración demandada ya en la fase administrativa, ya también en sede judicial: no nos encontramos ante elemento objetivo que desvirtúe las consideraciones sobre necesidades de proporcionalidad en la exigencia del conocimiento del euskera PL 2 y PL 1 en un porcentaje tan elevado como el que resulta de los datos anteriormente indicados: 54 plazas, y 49 perfiladas, luego porcentaje del 92 %. Al contrario, la parte demandante acompaña como documento nº 1 el Plan Estratégico 2024 2027 de la Diputación Foral de Gipuzkoa y en el mismo se indica: "*apartado sociedad, nivel general de euskera, en 2021 el 58 % de la población de Gipuzkoa era euskaldun, habiendo crecido un 3,5 % entre 2011 y 2021*". No pudiéndose acoger la argumentación relativa al conjunto de plazas en el organismo de forma global, sino que debe existir descenso a cada convocatoria de acceso singular; ya que lo contrario incide de modo trascendental en las posibilidades de acceso a la función pública que se ostentan en cada uno de los procesos selectivos que se producen. Por otro lado, la propia necesidad del perfil linguístico exige esa proporcionalidad individualizada en cada convocatoria, ya que lo contrario vaciaría de contenido la finalidad de que el acceso al empleo público se rija por los principios de mérito y capacidad, pues si en una convocatoria (a la inversa que en la presente) el porcentaje fuere manifiestamente desproporcionado respecto de plazas sin perfil linguístico, bien podrían desvirtualizarse también las posibilidades de obtención de plaza para quien no tuviere ese mérito, al incidir en los resultados, valoración, del proceso selectivo.

Esta línea se mantiene por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia 84 2023, en el Recurso de Apelación 699/2022, en cuyo fundamento de derecho quinto, sexto y séptimo se indica:

"QUINTO.- Sin confundir el concepto de puestos de trabajo, esencialmente funcional, y su proyección en la RPT, OPE y otros instrumentos de ordenación u organización interna del personal de las Administraciones públicas con el concepto de plaza, esencialmente orgánico y por lo tanto vinculado a las

plantillas (Cuerpos Y Escalas) de aquellas, no puede desvincularse el segundo del primero cuando como es el caso, la convocatoria de las plazas trae causa de los puestos incluidos en la RPT (BOG. de de 15-01-2021 y OPE-2020 , no en vano las convocatorias de acceso son el medio de provisión de las necesidades evaluadas en dichos instrumentos (artículo 15 y concordantes de la Ley 6/1989 de 7 de julio, de la función pública vasca).

Así, y por lo que hace al caso el artículo 98 de la precitada Ley autonómica dispone:

"1.- El contenido de las convocatoria de pruebas selectivas para el acceso al servicio de las Administraciones Públicas vascas se adecuará a los perfiles lingüísticos asignados a los puestos de trabajo que hubieran de proveerse con el personal de nuevo ingreso.

2.- A los efectos antedichos, cuando la convocatoria de una plaza tenga su causa en un puesto de trabajo cuyo perfil linguistico sea preceptivo, el cumplimiento del mismo será exigencia obligatoria para el acceso (.....). "

Ahora bien, esa vinculación de las bases de la convocatoria a los requisitos lingüísticos de los puestos propios de la categoría o Cuerpo a que pertenezcan las plazas convocadas, establecidos en la RPT, ha de comportar, a la vez, que el ejercicio de las potestades de auto organización propias de ese instrumento el respeto a los derechos de acceso a las plazas convocadas , amparados por los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, ya que el procedimiento de selección del personal de las Administraciones Públicas concierne, indiscutiblemente al ejercicio de aquellos derechos constitucionales.

SEXTO.- La sentencia apelada considera que las bases de la convocatoria recurrida, referidas al PL de las pl cohonestan las potestades o deberes de la Administración demandada con el derecho de los recurrentes amparados por los artículos 14 y 23 de la

Constitución:

"(.....) En definitiva, en el caso concreto enjuiciado, se produce a juicio de este juzgador el debido equilibrio entre el deber que tiene la Administración demandada, en su conjunto, como organismo autónomo dependiente de la Diputación Foral de Gipuzkoa, de garantizar el derecho de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma Vasca tienen de relacionarse en euskera con la misma; por cuanto la asignación de un perfil lingüístico (PL 2) de euskera a las 34 plazas ofertadas, fijando una fecha de preceptividad vencida a 32 de ellas sería necesaria para aproximar el porcentaje de plazas que encontraría en condiciones de prestar un servicio de forma bilingüe en el mencionado organismo autónomo al índice de obligado cumplimiento al que hemos hecho referencia (.....) ; con el derecho que los recurrentes tienen a participar en los asuntos públicos con arreglo a los principios de mérito y capacidad, sin discriminación, en los términos previstos en los artículos 14 y 23 de la Constitución Española; pues podrían obtener una de las dos plazas en las que el perfil lingüístico no es exigido con carácter preceptivo sino que resulta valorable como mérito (.....)".

Y no es que dicha conclusión y, por lo tanto, el fallo de la sentencia apelada sea incongruente con sus fundamentos , como sostienen los apelantes, por apartarse del fundamento 5º de la sentencia dictada por esta Sala con fecha 4-05-2021 en el Rec. de apelación 602/2020 que se cita en el correlativo de la apelada como rectora de la respuesta a la cuestión controvertida, sino que la interpretación y aplicación "ad casum" de la sentencia de instancia no se compadece con sus postulados constitucionales y, por lo tanto, con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la cohabitación de los requisitos lingüísticos en las convocatorias de los procedimientos de selección del personal de las Administraciones Públicas con el derecho de los aspirantes en esos procedimientos.

En primer lugar, el derecho de acceso conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad invocados por los recurrentes no puede reducirse a su participación en el procedimiento de selección, si los requisitos lingüísticos establecidas en sus bases comportan para aquellos unas condiciones

desfavorables o restrictivas de concurrencia en comparación con las ofrecidas a los candidatos con conocimientos del euskera. Y no por discutirse la valoración como mérito del PL2 en el acceso a 2 plazas de las 34 invocadas, como argumento entendemos "ad hoc" en esta instancia, sino por extenderse el de exigencia del mismo PL (el 2) con fecha de preceptividad, ergo condición de acceso, a las 32 restantes, lo que comporta de "hecho" la exclusión de los aspirantes castellanoparlantes de la convocatoria al reducir a la mínima expresión sus posibilidades de acceso, esto es, el 5,88 del total de plazas convocadas.

Es, pues, esa desproporción entre aspirantes (100% de los euskaldunes vs. 5, 88 % de los castellanos parlantes) la que marca el cariz discriminatorio por razones lingüísticas de las bases recurridas.

Dicho lo cual, malamente se puede sostener la coexistencia de los objetivos de normalización del euskera marcados por el Plan aprobado por la Diputación Foral de Gipuzkoa para el período 2018-2022 (publicado en el BOG de 26-07-2018) y los derechos o principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público, que la sentencia apelada, parece confundir, si nos atenemos a los términos del fundamento transcrito "ut supra" con el derecho de participación en asuntos públicos; además, de que el derecho a acceder al empleo público, de cuyo amparo se trata no se agota o reduce al derecho de participar en la convocatoria, al margen de las condiciones o requisitos establecidos en sus bases para el acceso a las plazas convocadas.

Por lo tanto, las bases en cuestión lejos de armonizar las potestades administrativas de planificación de la normalización del euskera y ordenación del personal como medio de propiciar el ejercicio efectivo por parte de los ciudadanos de su derecho a ser atendidos también en euskera por los empleados (cuidadores) del servicio prestado por el Organismo demandado, con el derecho de los interesados a acceder en condiciones de igualdad a dichas plazas, anteponen el ejercicio de dichos poderes a los derechos lingüísticos afectados por el mismo so capa, según la sentencia apelada, del cumplimiento de los objetivos del precitado Plan de normalización y en aras de los derechos lingüísticos de los ciudadanos ; por lo tanto,



supeditando a esos requerimientos los derechos también fundamentales de los recurrentes al acceso a las plazas convocadas , reduciendo su aspiración a apenas el 6 % de las mismas.

Así, no puede calificarse como solución equilibrada o de armonización de las potestades y deberes de la Administración prestadora del servicio público con los derechos de los recurrentes ex artículo 23.2 de la Constitución , lo que comporta la anteposición de los primeros respecto a los segundos, al punto de que no resultar estos últimos apenas reconocibles.

Las bases de la convocatoria, en fin, imponen unos requisitos lingüísticos de acceso que pretendiendo maximizar los objetivos de normalización del euskera en el organismo autónomo demandado, minimizan las aspiraciones de acceso al empleo público de los recurrentes, al punto de reducirlas a solo 2 de las 34 convocadas, y aun respecto a ellas, también con cierta desventaja en la valoración de méritos (Pl2) respecto a otros aspirantes, no criticable de suyo sino por añadirse al requisito de acreditación del mismo perfil como condición de acceso a las otras 32 plazas.

SÉPTIMO.- El llamado índice de obligado cumplimiento, fijado de conformidad con el artículo 11 del Decreto 11 del Decreto 86/1997 en el Plan de normalización aprobado por la Diputación Foral de Gipuzkoa en el período 2018-2022, no puede trasladarse a las bases de la convocatoria de acceso al punto de sacrificar con el alcance señalado en el fundamento anterior el derecho de los recurrentes amparado por el artículo 23.2 y concordantes de la Constitución.

Lo que marca dicho índice (65, 32 %) es el objetivo de obligado cumplimiento para la Diputación y sus organismo autónomos en el período de aplicación del Plan (artículo 11.1 y 3 del Decreto 86/1997 de 15 de abril) ; o sea, gradualmente y no mediante la OPE correspondiente a una sola de las anualidades (en este caso la de 2020) comprendidas en dicho período; así es que, la sentencia (idem, la defensa del apelado) aluden a un resultado , cifrado en el 57, 87 %, aproximativo

del mercado por el antedicho índice.

Además, la convocatoria de acceso a las plazas vacantes no es el único medio adecuado para conseguir el objetivo de normalización propuesto por el referido Plan; hay otros, la movilidad o traslados; los planes de formación, cuya articulación corresponde a la Administración en ejercicio de sus potestades.

En todo caso, lo que no puede hacer la Administración Pública es trasladar el mencionado objetivo a una convocatoria asignando al 94% de las plazas convocadas un determinado perfil lingüístico en euskera con fecha de preceptividad para así alcanzar o aproximarse al índice de referencia, con la consecuencia de imponer a todos los aspirantes tal requisito en menoscabo del derecho de acceso al empleo público de quienes no acrediten el conocimiento lingüístico requerido; aun en el caso de provisión de puestos como el de cuidador-a que por sus funciones y relación del empleado con los usuarios y familiares de este demanda en el porcentaje señalado el conocimiento de los dos idiomas oficiales en la Comunidad Autónoma.

Con la misma razón o finalidad "maximalista" podría exigirse la acreditación de perfil lingüístico, con fecha de preceptividad, en todas las plazas convocadas; aun fueran más de las 34 ofrecidas en la convocatoria discutida. Y aun en ese caso, hablar de solución equilibrada o ponderada.

Más aún, no solo hay desproporcionalidad entre el requerimiento de PL-2, con fecha de preceptividad, en 32 de las 34 plazas convocadas y sus efectos en la esfera jurídica de los recurrentes, sino que también hay desproporcionalidad entre el índice de referencia (póngase el del 65, 32 % o el efectivamente aplicado) y el porcentaje (casi del 94 %) de las plazas convocadas a que se ha extendido tal requisito de acceso.

Por lo tanto, dando por buenos dichos porcentajes, y no los estimados por los apelantes en base a datos que no fueron alegados ni acreditados en la instancia, además de referidos a la fecha de la sentencia y no de la convocatoria, hay también una manifiesta

desproporcionalidad entre las previsiones u objetivos de normalización en el ámbito del Organismo demandado, marcados por el índice de referencia y los efectos de su aplicación en la convocatoria recurrida (65, 32 % vs 5,88 %).

En conclusión, teniendo la Administración demandada la facultad y deber de organizar sus recursos personales para propiciar el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos de relacionarse con ella en euskera (artículos 3.1 de la Constitución Española y 6.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco) no puede trasladarse a todos los aspirantes al empleo público en el mismo ámbito el déficit que representa la diferencia entre las dotaciones con perfil lingüístico y el índice exponencial de la euskaldinización en el territorio foral, con la consecuencia de limitar el derecho de aquellos a acceder en condiciones de igualdad a las plazas convocadas en la medida que denotan los efectos desproporcionados señalados.

Y, en consecuencia, hay que declarar la nulidad de la convocatoria por vulneración de los derechos fundamentales invocados por los apelantes (artículo 47.1 a de la Ley 39/2015).

La apreciación de ese vicio "in radice" del acto recurrido no consiente otros pronunciamientos, además de constituir potestad discrecional de la Administración demandada la de fijar, con respeto a los derechos de los aspirantes, las bases de la convocatoria en punto al número de plazas con perfil lingüístico y fecha de preceptividad, con una sola de esas asignaciones o con ninguna de ellas (artículo 71.2 LJCA)".

Quinto. Por todo lo anterior, y siguiendo el meritado criterio del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, procede declarar la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas, sin poder efectuar, no obstante, los demás pronunciamientos que las partes interesan sobre la forma en que debe operarse la convocatoria en cuanto a las exigencias relativas al Euskera en ese proceso selectivo, ya que ello integra potestad discrecional de la

administración, debiendo estar al artículo 71.2 LJCA:
"2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados."

Luego se operara estimación parcial de las demandas formuladas.

Sexto.- Estimada parcialmente la demanda, no ha lugar a efectuar imposición de costas.

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de [REDACTED] y [REDACTED] contra las Resoluciones indicadas en el encabezamiento que se declaran no ajustadas a derecho y se anulan dejándolas sin efecto.

No se efectúa imposición de 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 de Santander, con nº [REDACTED] 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.

**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.**

