



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Administrazio-Auzietako Salaren 1. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 2ª Planta - Bilbao
94-4016655 - tsj.salacontencioso@justizia.eus
NIG: 2006933320210001096

0000699/2022 Sección: IJR Recurso de Apelación Recurso (Migracion) / (Migrazioa Errekurtsoa) Apelazio-errekurtsoa

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N.º 0000699/2022

SENTENCIA NÚMERO 000084/2023

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE
D.

MAGISTRADOS
D.
Dª.

En la Villa de Bilbao, a 24 de febrero del 2023.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia N° 112/2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián en el procedimiento abreviado 369-2021, que desestimó el recurso interpuesto por

y
contra la convocatoria y bases del procedimiento de cobertura de treinta y cuatro plazas de cuidador-a de la Fundación Ilazpi, aprobadas por Acuerdo de 24-06-2021 de la Junta de Gobierno de ese Organismo Autónomo.

Son parte:

- **APELANTES:**

y , representados
por la procuradora y
dirigidos por el letrado D. FRANCISCO IGNACIO LOPEZ LERA.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

- **APELADO:** EI ÓRGANO AUTÓNOMO DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA FUNDACIÓN ULIAZPI representado por el procurador y dirigido por el letrado

- **OTROS APELADOS:**

- **OTROS APELADOS:** que no se persona en esta instancia.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por y recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 23 de febrero de 2023, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia N° 112/2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de San Sebastián en el procedimiento abreviado 369-2021, que desestimó el recurso interpuesto por contra la

convocatoria y bases del procedimiento de cobertura de treinta y cuatro plazas de cuidador-a de la Fundación Ilazpi, aprobadas por Acuerdo de 24-06-2021 de la Junta de Gobierno de ese Organismo Autónomo.

La sentencia apelada tomando como base el Informe de 25-02-2022 del Responsable de Recursos Humanos de la Administración demandada, considera:

“(.....) no habiéndose ofrecido por los demandantes argumentos para poner en cuestión los datos ofrecidos por la Administración demandada a través del referido Informe, debemos concluir que la asignación de un perfil lingüístico (PL2) de euskera a las 34 plazas ofertadas, asignando asimismo una fecha de preceptividad vencida a 32 de ellas, es acorde con el índice de obligado cumplimiento que vincula a la Administración demandada en la Comunidad Autónoma del País Vasco; pues la asignación de dicho perfil lingüístico con la referida fecha de preceptividad en las plazas indicadas (32 de las 34 ofertadas) , es necesario para cumplir con el índice de obligado cumplimiento que la Diputación Foral de Gipuzkoa tiene asignado para el período de planificación 2018-2022, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 86/1997 de 15 de abril por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi; ello a fin de garantizar el derecho de todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco a usar el euskera en sus relaciones con la Diputación Foral de Gipuzkoa y sus organismos autónomos; exigencia que guarda el debido equilibrio con el necesario respeto al 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 tal y como se expone en las bases de la convocatoria objeto de impugnación , dos de las treinta y cuatro plazas ofertadas no tienen asignada fecha de preceptividad vencida; siendo así que los recurrentes, sin acreditar el perfil lingüístico (PL2) de euskera con carácter preceptivo, podrían ser adjudicatarios de una de las dos plazas indicadas en las que la acreditación del mencionado perfil lingüístico únicamente se valora como mérito....”.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se funda en los siguientes motivos:

1.- La incongruencia interna de la sentencia.

Según los apelantes, la sentencia de instancia pese a citar la STSJ del País Vasco de 4-05-2021 (Rec. de apelación 602/2020) por enjuiciar un supuesto análogo al enjuiciado, se aparta de las consideraciones de esa sentencia sobre el acceso a los puestos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y su relación el derecho de los ciudadanos de usar cualquiera de las lenguas oficiales en su territorio y deber de conocer únicamente el castellano (art. 3.1 CE), porque de la garantía del derecho de los ciudadanos a usar el euskera no se deriva que todos los puestos de la Administración convocante deban acreditar el perfil lingüístico



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

correspondiente, como es el caso, ya que 32 de las convocadas lo tienen asignado con fecha de preceptividad y otras dos sin esa condición.

- Se cita la STS nº 5160/ 2010 de 11-10-2010 –

2.- Aplicación errónea del Decreto 86/1997 de 15 de abril. Confusión de plaza con las condiciones del puesto.

Según los apelantes, el artículo 7 de la norma precitada se refiere al perfil lingüístico como condición en su caso necesaria para el desempeño de un puesto y, por lo tanto, su contenido tan solo afecta a la RPT ; no como requisito para la adquisición de la condición de empleado de un puesto, que condicione el acceso en condiciones de igualdad a las plazas convocada (artículos 14, 23.2 y 103 CE).

Así, según la misma parte, no pueden anteponerse el Plan de normalización del euskera y la RPT a los derechos fundamentales que se acaban de invocar; y tampoco dicho Plan debe aplicarse directamente sino previo cumplimiento de unos requisitos, según su disposición adicional 1ª; entre ellos, el de elaboración del Plan por cada Administración, no que no ha sido el caso del organismo autónomo convocante de las plazas.

3.- La vulneración del derecho a la tutela judicial.

Los apelantes alegan que el Informe del responsable de recursos humanos en que se funda la sentencia no atendió el requerimiento acordado por providencia de 15-01-2022 de aportación del listado de puestos con indicación de su perfil lingüístico y causa de su asignación, sino que es un documento que, además de sustentarse en apreciaciones inciertas atiende a la RPT de 21-02-2022, (docum. 4, aportado el día de la vista), ajeno a los documentos aportados con la demanda como fundamento de este escrito; entre ellos, la RPT de la que trae causa la OPE de 2020, publicada el 15-01-2021, y la convocatoria recurrida.

Además, según la misma parte, no es cierto el dato aceptado por la sentencia con base en el precitado informe, de acreditación del perfil lingüístico en 147 plazas (según la sentencia, puestos según los apelantes) del organismo demandado,, ya que a la fecha de la sentencia tal requisito se cumplía en 238 puestos (93, 70 %), con lo cual, en 13 puestos (5,12 %) el perfil lingüístico debía cumplirse a fecha 31-12-2022 y solo 3 (1, 18 %) tenían asignado PL, sin fecha de preceptividad, lo que comporta la superación en 28, 38 puntos el índice de preceptividad del 65, 32 % aplicable en la Diputación Foral; y trasladadas las mismas operaciones a los 191 puestos de cuidador, a la fecha de la sentencia, 181 (94, 76 %) acreditaban el PL ya cumplido; 8 puestos, cumplían la misma preceptividad a 31-12-2022 , y solo 2 puestos (1,05 %) tenían asignado el PL, sin fecha de preceptividad; superando, así, en dicho ámbito en 29, 44 puntos el precitado índice del 65, 32 %.

4. La vulneración de la jurisprudencia sobre el acceso a las plazas con arreglo a los principios establecidos por el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Los apelantes sostienen este motivo con invocación de la STSJ del País Vasco nº 416/2018 / Rec. 377-2018) y alusión a la base 10.3 de la

convocatoria que establece como mérito la acreditación del PL, por cuanto otorga a los que acrediten ese mérito una ventaja inicial de 10 puntos en el procedimiento de acceso a las 2 plazas con PL, sin fecha de preceptividad, además de la posibilidad de acceso directo a las 32 plazas que requieren el PL con fecha de preceptividad, respecto a otros aspirantes.

TERCERO.- Los apelados,

, se han opuesto a la estimación del recurso por los siguientes motivos:

1.- Los apelantes pueden participar (y lo han hecho) en la convocatoria para acceder a las dos plazas que requieren el PL, sin fecha de preceptividad (mérito).

2.- La asignación del PL 2 (nivel básico) con fecha de preceptividad (32 puestos) y sin esa determinación (2 puestos) es acorde a las funciones de esos puestos (cuidadores) , descritas en su monografía, relacionadas con los derechos de los usuarios y sus familias y a los porcentajes de euskaldinización en el Territorio (Gipuzkoa) en que se asientan los centros de Uliazpi, según han acreditado los Informes de la Dirección de Normalización Lingüística de las Administraciones Vascas y del Responsable de Recursos Humanos de la demandada, y los Planes de Normalización de la Diputación Foral y sus organismos autónomos para el período 2018-2022 y Plan de Gestión Lingüística de Uliazpi 2016-2017.

3.- La aplicación a la Fundación Ilazpi, como organismo autónomo de la Diputación Foral, el Plan de normalización aprobado por esta y publicado en el B.O. de su Territorio el 26-07-2018; y la sujeción de dicho organismo a dicho Plan, RPT y los demás requisitos establecidos por la normativa lingüística de aplicación a las Administraciones Públicas del País Vasco.

4.- La adecuación de las convocatorias a los perfiles lingüísticos asignados a los puestos de trabajo que hubieran de proveerse con el personal de nuevo ingreso.; y la acreditación del perfil lingüístico preceptivo asignado al puesto, cuando la convocatoria de la plaza tenga su causa en ese puesto, como condición del acceso (art. 98.2 de la Ley 6/1989 de 7 de julio, de la función pública vasca).

5.- No se vulneró el derecho a la tutela judicial de los recurrentes, porque las modificaciones de la RPT acreditadas en la vista no son sustanciales respecto a la RPT anterior, además de irrelevantes para la resolución del proceso, ya que se mantienen las mismas asignaciones de PL y fecha de preceptividad.

Además, según la misma parte, el Informe del Responsable de R.H. de Ilazpi acredita que trasladado el índice de euskaldinización en Gipuzkoa (65, 32 %) a las plazas de Ilazpi, y a las convocadas, no se alcanzaría aquel porcentaje.

6.- La conformidad de la sentencia apelada con el criterio jurisprudencial: la asignación de los PL conforme a parámetros objetivos,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

esto es, los expresados índices y características de los puestos; sin efectos discriminatorios para los apelantes que pueden optar por la acreditación del PL 2 durante el procedimiento selectivo o aspirar a las dos plazas que no establecen fecha de preceptividad, sin la acreditación de ese mérito.

CUARTO.- La Fundación Ilazpi se ha opuesto a la estimación del recurso por los siguiente motivos:

1.- La sentencia apelada se ha pronunciado motivadamente sobre todas las pretensiones de los demandantes, además de aquietarse estos al pronunciamiento sobre la formulada con carácter subsidiario; es coherente y no ha dejado de juzgar el fondo del asunto; cumpliéndose, así, los artículos 33.1 y 67.1 de la LCCA y 209.3 y 218.1 y 2 de la LEC.

Además, según la misma parte la sentencia de instancia no adolece de la incongruencia interna (entre sus fundamentos y fallo) alegada por los apelantes (se cita la STS 841/ 2020 de 22 de junio; Rec. de casación 8110/2018), sino que aplicando al caso la doctrina expuesta en el fundamento 5º de la STSJ del País Vasco nº 152/2021 concluye, a sensu contrario, que las bases de la convocatoria no vulneran el derecho de los recurrentes a acceder en condiciones de igualdad a las plazas objeto de aquella, dada la diferencia entre los requisitos lingüísticos (preceptividad vencida en todas las plazas) de la convocatoria examinada en la precitada sentencia y los establecidos en la convocatoria examinada por la apelada; además de la conformidad de los pronunciamientos de la demandada con el régimen de asignación del PL establecido por los artículos 97 y 98 de la Ley 6/ 1989 de la función pública vasca.

2.- La correcta aplicación del Decreto 86/1997 : el desarrollo de la normalización lingüística mediante los Planes que aprueben las Administraciones Públicas del País Vasco y la asignación de los PL y, en su caso, de las fechas de preceptividad. Adecuación al Plan de normalización de la Diputación Foral (2018-2022) y su aplicación a Uliazpi como organismo autónomo de esa Administración. La correspondencia de la RPT con la convocatoria para la provisión de las plazas correspondientes a los incluidos en esa Relación y, por lo tanto, a sus características, entre ellos, el PL (artículos 26 y 27); sin contradicción de esas determinaciones con el artículo 7 del mismo Decreto.

3.- El índice de preceptividad lingüística (65, 32 %) previsto en el Plan de normalización (2018-2022) de la Diputación Foral se ha fijado, no de forma discrecional, sino de acuerdo con el art. 11.2 del Decreto 86/1997, a saber, euskaldunes + (cuasi euskaldunes/ 2), en atención al Censo de población y vivienda a la fecha de inicio de ese período.

4.- No se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial de los recurrentes, porque estos no se opusieron a la forma en que se practicó la documental acordada por providencia de 8-03-2022, también consentida y, por lo tanto, no pueden alegar indefensión por dicha causa (art. 240.1 LOPJ). Y tampoco ha afectado a ese derecho la aportación de la nueva RPT, dada su naturaleza dinámica y contraerse la impugnación a las bases de la convocatoria; y haber beneficiado tal modificación a los apelantes al

haber suprimido la fecha de preceptividad de las dos dotaciones de cuidador que no la tenían vencida.

5.- Los cálculos expuestos por los apelantes sobre la situación lingüística en el organismo demandado carecen de soporte probatorio y no se refieren a la fecha de aprobación de la convocatoria, como el documento de 25-02-2022 aportado sino de la sentencia; y tampoco ha desvirtuado la contraria los datos aportados por medio del Informe a que atiende la sentencia apelada: 147 plazas-bilingües del total de 254, esto es, el 57, 87 %, inferior al índice del 57, 87 % de obligado cumplimiento, conforme al art. 11 del Decreto 86/1997; además, de que unas cien personas estaban exentas de la acreditación del PL por razones de estudios o de edad y ser, así, necesaria la asignación de PL con fecha de preceptividad a 32 de las 34 plazas convocadas para alcanzar, no ya el índice de obligado cumplimiento, sino el 61, 02 %

6.- Inaplicación al caso de la jurisprudencia que los apelantes citan como vulnerada por referirse a un supuesto distinto al resuelto por la apelada, aparte de ajustarse las bases discutidas a la normativa de la función pública y disposiciones que regulan la normalización lingüística en las Administraciones Públicas del País Vasco; por lo que respecta al apartado 10.1 de las bases, referido a la valoración como mérito del PL 2, su amparo en los artículos 97.2 y 98.4 de la Ley 6/1989 de la FPV; STCO nº 46/1991 de 28 de febrero y STS Nº 5788/ 2015 de 30 de diciembre.

Así, según el Organismo Autónomo apelado, el hecho de que los aspirantes que acrediten el PL2 aventajen en 10 puntos a quienes no acrediten ese mérito, no cercena el derecho de los segundos reconocido por el artículo 23.2 de la C.E. .

7.- La proporcionalidad de la exigencia del conocimiento del euskera en el nivel correspondiente al PL2 para el acceso a 32 de las 34 plazas convocadas en relación con las funciones del puesto y, por lo tanto, la coexistencia de tal requisito de la convocatoria con el derecho a acceder en condiciones de igualdad al empleo público.

- Se citan las SSTCO 46/1991 de 28 de febrero y 253/2005 de 11 de octubre; STS 5788/2015 de 30 de diciembre; STSJ del País Vasco de 9-10-2009.

Así, en aplicación de la precitada doctrina, considera objetiva y razonablemente justificada el mencionado requisito de acceso a las plazas convocadas, atendidas las funciones del puesto de cuidador-a (folio 17 del expediente) y su adecuación para aproximarse al índice de obligado cumplimiento, sin perjuicio del acceso, también garantizado, de quienes no acrediten el nivel exigido; esto es, su participación en el procedimiento selectivo, cual es el caso de los apelantes.

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 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 linguistico



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 (PI2) 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 marcado 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).

OCTAVO.- La estimación del recurso de apelación y, en consecuencia del recurso contencioso-administrativo desestimado en la

instancia no va a comportar la imposición de las costas a los demandados por no fundarse ni exclusiva ni básica o rigurosamente en los argumentos expuestos por los apelantes; y tampoco estimarse la pretensión principal de la demanda en sus propios términos (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional).

Asimismo, y conforme al apartado 2 del mismo precepto, tampoco hay que hacer pronunciamiento de condena en costas, respecto a las causadas en esta instancia.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación presentado por [REDACTED] y [REDACTED] contra la sentencia Nº 112/2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián en el procedimiento abreviado 369-2021, que desestimó el recurso interpuesto por [REDACTED] y [REDACTED] contra la convocatoria y bases del procedimiento de cobertura de treinta y cuatro plazas de cuidador-a de la Fundación Ilazpi, aprobadas por Acuerdo de 24-06-2021 de la Junta de Gobierno de ese Organismo Autónomo., y con revocación de dicha sentencia, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mencionado acto, declarando su nulidad; sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 0699 22, 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 15.ª LOPJ).

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 24 de febrero de 2023.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO