



Roj: **STS 4536/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4536**

Id Cendoj: **28079130072015100286**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **28/10/2015**

Nº de Recurso: **2946/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2716/2014,**  
**STS 4536/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen el recurso de casación número 2946/2014, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña María Leocadia García Cornejo, en representación de Don Hilario , interpuesto contra la sentencia de 4 de junio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso contencioso- administrativo número 89/12 , promovido contra la Orden INT/3529/2011, de 20 de diciembre, por la que se publica la relación de aprobados en la fase de oposición del proceso selectivo de ingreso, por el sistema general de acceso libre, al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, convocado por Orden INT/1224/2011, de 10 de mayo. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva sostiene lo siguiente:

*" FALLAMOS: Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Hilario contra la Orden INT/3529/2011, de 20 de diciembre, por la que se publica la relación de aprobados en la fase de oposición del proceso selectivo de ingreso, por el sistema general de acceso libre, al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, convocado por Orden INT/1224/2011, de 10 de mayo, por ser dicha Orden, en los extremos examinados, conforme a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte demandante".*

**SEGUNDO.-** Por la Procuradora Doña María Leocadia García Cornejo, en representación de Don Hilario por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 23 de septiembre de 2014 se formalizó el presente recurso de casación, en el que tras exponer cuantos fundamentos y motivos tuvo por conveniente, terminó suplicando que se casara la sentencia recurrida y se estimara el recurso contencioso-administrativo de conformidad con lo solicitado en la demanda.

**TERCERO.-** Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 22 de enero de 2015, el Abogado del Estado en la representación que le es propia formalizó su oposición al presente recurso solicitando su desestimación, con imposición de costas a la recurrente.

**CUARTO .-** Se señaló para votación y fallo la fecha de 21 de octubre de 2015, en que tuvo lugar, habiéndose observado en la tramitación de este procedimiento las prescripciones legales.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La recurrente plantea un único motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la ley jurisdiccional, alegando vulneración de los artículos 23.2, 24.1, 103.3 y 106 de la Constitución Española, y en su desarrollo lo divide en dos submotivos; en el primero discute el sistema empleado por el Tribunal Calificador para calcular el descuento previsto como consecuencia de un fallo en una contestación en las bases, y el segundo se dirige a solicitar la anulación de una pregunta, por no ser ninguna de las contestaciones correctas y haberse dado por buena una de las propuestas en el test.

**SEGUNDO** .- En cuanto al primer submotivo la sentencia recurrida razona en el fundamento jurídico primero y segundo lo siguiente:

*(...) La pretensión del actor, que ha quedado excluido del proceso selectivo, consiste en que, en el momento de efectuar la corrección de las preguntas, se aplique la base la convocatoria en el sentido propugnado por dicha parte "de que por cada tres cuestiones respondidas erróneamente deba descontarse el valor de una pregunta atinadamente contestada", rechazando la adoptada por el Tribunal calificador de minorar 0,333 puntos por cada fallo.*

*Frente a ello, la Abogada del Estado sostiene la adecuación jurídica del criterio aplicado para la corrección, invocando lo expresado por el Tribunal calificador para resolver la impugnación efectuada en vía administrativa por el interesado y advirtiendo de la existencia de una desviación procesal en la pretensión del recurrente.*

*(...)El debate debe resolverse teniendo en cuenta que, en el Anexo I de la convocatoria de referencia, dedicado a la "Descripción del proceso selectivo", en el apartado relativo a la fase de "Oposición", se hace constar, tanto con relación al primer como al segundo ejercicio, que "Las contestaciones erróneas se penalizarán con un tercio del valor de una contestación [...]", siendo la interpretación de esta prevención la que se discute en el proceso, puesto que el Tribunal calificador acordó que por cada fallo se descontarían 0,333 puntos, "dada la imposibilidad de operar con el número periódico puro infinito" que resulta de dividir un punto entre tres, mientras que el actor considera que la base no autoriza esa conversión de un valor decimal periódico puro en un número decimal exacto, de manera que lo que debe hacerse es, según se ha anticipado, "que por cada tres cuestiones respondidas erróneamente deba descontarse el valor de una pregunta atinadamente contestada".*

*Ahora bien, la interpretación sostenida por el Tribunal calificador se enmarca, frente a lo que considera el actor, entre las funciones que le encomienda la base 7, apartado 2, de la convocatoria, de "la consideración, verificación y apreciación de las incidencias que pudieran surgir en el desarrollo de los ejercicios, adoptando al respecto las decisiones que estime pertinentes", ya que la literalidad de la forma de cómputo fijada en la convocatoria era imposible, al no poderse dar efectividad a la reducción en un tercio de punto por cada fallo, resultando la interpretación adoptada la más razonable, la más lógica y la más adecuada al tenor y al espíritu de la penalización, dado que la sostenida por el actor no sería admisible, pues sólo juega en el caso de tres fallos o cada tres fallos, dejando sin descuento el primer y el segundo fallo de cada fase errónea, lo que no es lo querido por la convocatoria, que quiere penalizar cada contestación incorrecta, ni se compadece bien con los principios de mérito y de capacidad que rigen esta materia.*

*Además, esta interpretación del Tribunal calificador sigue el criterio expresamente previsto en otras convocatorias, como la citada en la demanda, que precisa concretamente que cada error se castiga con una reducción de 0,333 puntos, sin que esta mención expresa a una cifra con tres decimales impida su aplicación en el caso de la base que aquí se trata.*

*Pero es que, frente a lo que se afirma por el demandante, la anterior convocatoria al mismo Cuerpo no siguió el criterio que dicha parte propugna, pues, en el certificado recabado en periodo de prueba, claramente se expone que la interpretación adoptada no fue la de que "de tres contestaciones fallidas se eliminaba una pregunta correctamente contestada".*

La Sala no puede sin compartir estos razonamientos, que por lo demás se ajustan a las bases y son los más correctos desde el principio de mérito y capacidad, pues el hecho de penalizar con decimales hace precisamente que no se pierda una décima en cada penalización, favoreciendo precisamente a quienes han cometido más errores. En cualquier caso el criterio del Tribunal Calificador es razonable e igual para todos los participantes, sin que el hecho de que en otra u otras convocatorias se observara otro permita su anulación, ya que existe justificación suficiente que justifica el cambio, y en consecuencia es conforme con el ordenamiento jurídico.



**TERCERO.-** El segundo de los submotivos sin embargo si ha de ser acogido. Sostiene la sentencia recurrida frente a la solicitud del recurrente de "la anulación de una pregunta al considerar que ninguna de las respuestas es válida a la cuestión de "que órgano administrativo es competente para conceder el permiso extraordinario", lo que califica como error material a corregir de oficio (folio 42) y a lo que el Tribunal (folios 44 y 53 y 54) responde de un lado que no existe error alguno en la formulación y contestación de la pregunta y que forma parte de su discrecionalidad y juicio técnico.

En concreto la pregunta es la siguiente:

*Presta servicio en la Oficina de Gestión Penitenciaria y un interno clasificado en segundo grado, que disfruta habitualmente de permisos ordinarios de salida, solicita un permiso extraordinario de 12 horas para asistir, en la misma localidad donde está radicado el Centro Penitenciario, al entierro de su abuelo al que le unía un fuerte vínculo por haberle criado y educado en su casa. ¿Qué órgano administrativo es el competente para conceder el permiso extraordinario solicitado?:*

A) El Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, por delegación del Director General de Coordinación Territorial y Medio Abierto.

B) El Director del Centro, por delegación del Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

C) El Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, por delegación de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

D) El Director del Centro, por delegación de la Directora General de Instituciones Penitenciarias.

La respuesta dada como correcta es la A), que la actora no entiende acertada y no lo admite en base esencialmente a la distinción entre el término "conceder y autorizar".

El Tribunal, a la vista de ello, entre otros razonamientos, responde que en el enunciado del supuesto, con relación al permiso de salida solicitado por el interno se menciona la palabra "conceder" en el sentido de "aprobar", "posibilitar", "hacer posible", o, si se quiere, "conceder la autorización" y no el sentido técnico procedimental que se deduce de lo expuesto por la aspirante. De cualquier forma, aunque en ese sentido lo hubiese podido interpretar, cualquier duda al respecto se hubiera disipado al leer las cuatro respuestas ofrecidas.

Argumenta la sentencia con la doctrina de la discrecionalidad técnica del Tribunal Calificador sobre la interpretación de la pregunta.

Sin embargo, nada tiene que ver el acierto jurídico de una pregunta test, con la discrecionalidad, y son numerosas las sentencias de esta Sala que de un lado confirman la anulación de preguntas por ser erróneas o confusas, como hace frecuentemente el propio Consejo General del Poder Judicial, como las que estiman los recursos planteados contra la mismas y acuerdan su anulación, y ello además sin necesidad de prueba alguna, al tratarse de cuestiones jurídicas. En el presente caso, como sostiene la recurrente a tenor de lo dispuesto en el artículo 160 y 161 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno corresponde a la Junta de Tratamiento y solo si se concede por ésta, se elevara dicho acuerdo, junto con el Informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente". En consecuencia se establece un procedimiento bifásico en el que la concesión le corresponde a la Junta de tratamiento, y la autorización posterior a la autoridad judicial o administrativa. Es evidente que como sostiene la recurrente, que no contestó la pregunta al considerar según dice en su recurso que todas las contestaciones eran erróneas, que la pregunta estaba mal formulada y debe anularse.

La consecuencia ha de ser la de estimar el presente recurso de casación, y dictar otra sentencia que estime el recurso contencioso-administrativo con retroacción de actuaciones a la vía administrativa para que el Tribunal Calificador efectúe una nueva lista de aprobados, teniendo en cuenta la anulación de la pregunta cuestionada, a los solos efectos de determinar si, con esa eliminación el recurrente habría superado o no el proceso selectivo, y en este caso proceder a tener por superado el mismo, con todas las consecuencias económicas y administrativas favorables y sin que afecte a los demás opositores.

**CUARTO.-** Que no procede la imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, pero si imponer las costas de la primera instancia a la Administración demandada hasta la cantidad máxima de 1000 euros, siguiendo la práctica habitual en este tipo de recursos.

**FALLAMOS**



Ha lugar al recurso de casación número 2946/2014, interpuesto por la Procuradora Doña María Leocadia García Cornejo, en representación de Don Hilario , interpuesto contra la sentencia de 4 de junio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso contencioso- administrativo número 89/2012 , promovido contra la Orden INT/3529/2011, de 20 de diciembre, por la que se publica la relación de aprobados en la fase de oposición del proceso selectivo de ingreso, por el sistema general de acceso libre, al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, convocado por Orden INT/1224/2011, de 10 de mayo, en los términos del fundamento jurídico tercero, sin condena en las costas procesales, con condena en las costas procesales en primera instancia a la Administración demandada hasta la cantidad máxima de 1000 euros, y sin condena en las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Jose Diaz Delgado D. Juan Carlos Trillo Alonso PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Letrado de la Administración, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO