



Roj: **STS 4661/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4661**

Id Cendoj: **28079130042017100468**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/12/2017**

Nº de Recurso: **393/2017**

Nº de Resolución: **2025/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 2507/2016,**  
**ATS 3799/2017,**  
**STS 4661/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 2.025/2017**

Fecha de sentencia: 19/12/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 393/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 393/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 2025/2017**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 19 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 393/2017, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Isabel Cañedo Vega, en nombre y representación de D. Torcuato , contra la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el recurso contencioso administrativo nº 495/2015 , sobre revisión de oficio.

Se han personado como partes recurridas, la Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en la representación que le es propia, y el Ministerio Fiscal en su representación.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, se ha seguido el recurso interpuesto por D. Torcuato , contra Resolución de la Directora Gerente del Sescam, por la cual se inadmitió la solicitud de revisión de oficio de la resolución del Tribunal Calificador del ejercicio de la fase de oposición, así como la resolución de la Dirección General del Sescam que puso fin al proceso selectivo para la provisión de plazas de Auxiliares de la Función Administrativo de dicha institución, turno libre, que había sido convocado por resolución de 5 de octubre de 2009.

**SEGUNDO** .- En el citado recurso contencioso administrativo, se dicta Sentencia el día 26 de septiembre de 2016, cuyo fallo es el siguiente:

*<<1.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo. (...) 2.- No ha lugar a hacer imposición de las costas>>.*

**TERCERO.-** Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

**CUARTO** .- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 25 de abril de 2017 , se acordó lo siguiente:

*Primero . Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de septiembre de 2016 , recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales nº 495/2015. (...) Segundo . Precisar -como ya señalamos en el auto de admisión dictado en el recurso de casación núm. 480/2017- que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si, en el ámbito de los procesos selectivos por el sistema de concurso-oposición en los que coexisten distintos turnos de acceso (libre, promoción interna y discapacitados), resulta conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el establecimiento en todos, alguno o ninguno de dichos turnos de reglas que limitan el número máximo de opositores que pueden pasar a la fase de concurso, o si, por el contrario, como sostiene la Sala sentenciadora en la instancia, pueden regir diferentes criterios para unos turnos (libre y discapacitados) y no para otros (promoción interna), atendiendo a una eventual contradicción entre los pronunciamientos contenidos en nuestras sentencias de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016 , recaídas, de forma respectiva, en los recursos de casación núms. 195/2012 y 419/2015. (...) Tercero . Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el artículo 23.2 de la Constitución española . (...) Cuarto . Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo. (...) Quinto . Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto. (...) Sexto . Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.>>*

**QUINTO** .- En el escrito de interposición del recurso , presentado el día 13 de junio de 2017, la representación procesal de D. Torcuato solicita se case y anule la sentencia recurrida y se estime el recurso de casación en los términos interesados.

**SEXTO** .- Mediante Providencia de 22 de junio de 2017, se da traslado del escrito de interposición a las partes recurridas.



El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el día 7 de julio de 2017, tras las alegaciones oportunas, considera que procede estimar parcialmente, en los términos expresados, el presente recurso de casación.

Por su parte, la Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el escrito de oposición presentado en fecha 27 de julio de 2017, solicita se dicte sentencia desestimando el recurso de casación y se confirme íntegramente la sentencia impugnada, con imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO** .- Por providencia de 24 de octubre de 2017, se señala para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 14 de diciembre de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.**- *La sentencia recurrida*

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Sala de nuestro orden jurisdiccional, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que desestimó el recurso contencioso administrativo, seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra la Resolución de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha, de 30 de noviembre de 2015, que inadmitió la solicitud de revisión de oficio de la resolución del tribunal calificador del ejercicio, de la fase de oposición, y contra la Resolución de la Dirección General del citado Servicio de Salud, que puso fin al proceso selectivo para la provisión de plazas del Grupo Auxiliar de la Función Administrativa de dicho servicio, turno libre, que había sido convocado por Resolución, de 5 de octubre de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos.

La sentencia impugnada, tras resumir los hechos y relacionar los precedentes que guardan relación con el supuesto que examina (singularmente las Sentencias de esta Sala Tercera de 2 de enero de 2014 dictada en el recurso de casación nº 195/2012, y de 18 de marzo de 2016 dictada en el recurso de casación nº 419/2015), señala, en el fundamento de derecho tercero, que *<<como acabamos de decir, el presente asunto es afín al que se planteó en el recurso contencioso-administrativo 485/2015. Ahora bien, concurre una importante diferencia en la forma en que la Sala lo afronta, a saber, el conocimiento actual de la S.T.S. 2016. La sentencia del recurso 485/2015 se dictó con la única guía de la S.T.S. 2014. Pero ahora debemos tener en cuenta tanto la S.T.S. 2014 como la S.T.S. 2016. (...) Se estuviera o no de acuerdo, se podía comprender la idea de la S.T.S.2014 de que en el turno libre se eliminase la regla limitativa si no regía en los otros. Vista la nueva S.T.S. 2016, resulta mucho más complicado entender cómo ha de funcionar en definitiva un sistema en el que a los aspirantes del turno libre se les dice que la regla limitativa debe ser eliminada y a los del turno de discapacitados se les dice que ha de ser impuesta. Ciertamente el Tribunal Supremo dice ambas cosas no desde el punto de vista (se encarga de recalcarlo) de la bondad o maldad intrínseca de la regla en cuestión, sino desde el punto de vista de la igualdad de reglas entre turnos; pero si se combinan las dos sentencias, lejos de reponer la igualdad lo que hace es mantenerla y perpetuarla, si bien en sentido inverso y especular al que estableció la Administración. Pues incluso aunque entendamos que las sentencias del Tribunal Supremo limitaron sus efectos estrictamente al caso de los concretos recurrentes (cosa que en cualquier caso cabe poner en duda, a la vista de mecanismos tales como la extensión de efectos de la sentencia o la revisión de oficio que se ejerce en este caso), la contradicción es máxima, pues en el mismo proceso selectivo los recurrentes del turno libre que acudieron al Tribunal Supremo no van a someterse a la regla limitativa y los recurrentes del turno de discapacitados que acudieron al Tribunal Supremo sí van a someterse a ella: con lo cual, so capa de proteger la igualdad lo único que se ha hecho ha sido establecer otra desigualdad idéntica en su intensidad aunque de contenido inverso. Las sentencias del Tribunal Supremo establecen un trato exactamente tan desigual como el que estableció la Administración, pero inverso en su contenido. (...) Una vez que en la primera sentencia se anuló la regla para el turno libre, no entendemos por qué no declaró, en la segunda, en cuanto al turno de discapacitados, que no había ya desigualdad pues todos eran ya tratados igualmente (sin regla); estimando en lo sucesivo los recursos de los recurrentes que acudieran en relación al turno libre solicitando la eliminación de la regla (por ejemplo solicitando revisión de oficio) y rechazando los del turno de discapacitados que pidieran su imposición, porque ya no había desigualdad una vez eliminada la regla en el turno libre. (...) Ante esta contradicción que, afirmamos, es insoluble, esta Sala no puede, en los previsiblemente muy numerosos procedimientos de revisión de oficio que es fácil aventurar se van a interponer, proceder a estimar las pretensiones tanto del turno libre como del de discapacitados diciendo que en uno hay que eliminar la regla y en el otro aplicarla, porque ello carece de sentido y supone un trato desigual y por tanto inconstitucional en ambos turnos. (...) En lugar de ello recurriremos a la parte de las sentencias del Tribunal Supremo en las que este órgano insiste en que lo que declara lo es en tanto que la Administración no dé una explicación sobre la razón de ser de la regla limitativa. A falta de explicación, el Tribunal Supremo entendió que la regla no tenía otra razón de ser que la de evitar trabajo administrativo en la valoración del concurso.*



Ahora bien, ya dijimos en la sentencia del recurso 439/2011 que la finalidad de la regla es la de evitar que los gráficamente denominados "interinos perpetuos" desplacen con sus méritos a aspirantes que en el examen obtuvieron incluso las notas máximas posibles. Esta finalidad hace del todo lógico que se establezca la regla limitativa en el **turno libre**; la hace innecesaria en el **turno de promoción interna** (pues en él no pueden participar interinos); y la hace necesaria en el **turno de discapacitados** de la misma forma en que lo era en el turno libre. Lo exprese o no la Administración, lo evidente es que la razón es esta, sin que creamos que el hecho de que o exprese la Administración sea un requisito ad solemnitatem, pudiendo conocerse también por otros medios como la simple reflexión o, por ejemplo, el informe del Defensor del Pueblo a que aludíamos en la sentencia del recurso contencioso-administrativo 439/2011. (...) Siendo así, entendemos que la única manera de garantizar tanto la igualdad como la razón de ser de una regla que solo podemos calificar de muy adecuada es resolver de acuerdo con el criterio de que todos los turnos en los que la regla tenga sentido (libre y discapacitados) deben ser tratados igualmente; y tratados igualmente con aplicación, no con inaplicación, de la regla mencionada, pues dicha regla es totalmente acertada desde el punto de vista constitucional del mérito y la capacidad, que así queda conciliado con el de la igualdad. (...) Esto es lo que querríamos haber resuelto en el recurso contencioso-administrativo 439/2011, pero creímos no poder hacerlo a la vista de la S.T.S. 2014, dado que entendimos que la idea de dicha sentencia era la de eliminar la regla en todos los turnos. Vista la posterior S.T.S. 2014, aquélla base que parecía firme se ha revelado movediza, y debemos pues proceder a resolver ahora, todo considerado, según el criterio que acaba de manifestarse dos párrafos más arriba, a saber: habrá de decidirse sobre la base de que lo correcto hubiera sido que la regla limitativa rigiera en el **turno libre** y también en el de **discapacitados**; y que no es necesario que rija en el de **promoción interna** (y no necesariamente ni desde el punto de vista de la regla misma, pues no participan interinos, ni desde el punto de vista de la igualdad, pues precisamente por ese motivo las situaciones son diferentes)>>.

#### **SEGUNDO** .- La identificación del interés casacional

El interés casacional del recurso ha quedado delimitado en el Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 25 de abril de 2017, <<así en el ámbito de los procesos selectivos por el sistema de concurso-oposición en los que coexisten distintos turnos de acceso (libre, promoción interna y discapacitados), resulta conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el establecimiento en todos, alguno o ninguno de dichos turnos de reglas que limitan el número máximo de opositores que pueden pasar a la fase de concurso, o si, por el contrario, como sostiene la Sala sentenciadora en la instancia, pueden regir diferentes criterios para unos turnos (libre y discapacitados) y no para otros (promoción interna), atendiendo a una eventual contradicción entre los pronunciamientos contenidos en nuestras sentencias de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, recaídas, de forma respectiva, en los recursos de casación núms. 195/2012 y 419/2015 >> .

Interesa destacar que ninguna de las partes procesales, ni la sentencia impugnada ni el auto que identifica el interés casacional, suscita la cuestión sobre si estamos, o no, ante una revisión de oficio, por la lesión del 23.2 de la CE, teniendo en cuenta que acto impugnado en la instancia es, como antes señalamos y ahora repetimos, la Resolución de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha, de 30 de noviembre de 2015, que inadmitió la solicitud de revisión de oficio de la resolución del tribunal calificador del ejercicio, de la fase de oposición, y contra la Resolución de la Dirección General del citado Servicio de Salud, que puso fin al proceso selectivo para la provisión de plazas del Grupo Auxiliar de la Función Administrativa de dicho servicio, turno libre, que había sido convocado por Resolución, de 5 de octubre de 2009, de la Dirección General de Recursos Humanos.

#### **TERCERO** .- Las alegaciones de las partes sobre el citado interés casacional

En el escrito de interposición, el recurrente sostiene que en la Sentencia de esta Sala Tercera de 2 de enero de 2014 se estima el recurso porque se considera nula la "regla limitativa" al no regir la misma en el turno de promoción interna. Y en la sentencia de 18 de marzo de 2016, en un recurso interpuesto por los participantes del turno de discapacitados, respecto del mismo proceso selectivo, para que les sea aplicable el sistema evaluador del turno libre.

Por su parte, la Administración recurrida, Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, considera que los tres turnos, libre, promoción interna y discapacitados, tienen una configuración y finalidad distinta que impide que sean términos adecuados de comparación. También se aduce la contradicción en que incurren las Sentencias de esta Sala Tercera de 2 de enero de 2014 y de 18 de marzo de 2016, teniendo en cuenta la justificación objetiva y razonable que se ha puesto de manifiesto en la contestación a la demanda para el mantenimiento de la nota de corte de los turnos de acceso libre y de discapacitados.

El Ministerio Fiscal alega, por su parte, que la cuestión suscitada ya ha sido resuelta por las dos citadas sentencias de esta Sala Tercera, de 2 de enero de 2014 y de 18 de marzo de 2016, cuya doctrina debe ser aplicada al caso examinado.



**CUARTO** .- *Examen de la cuestión jurídica que tiene interés casacional. La vulneración del artículo 23.2 de la Constitución*

La cuestión que, a tenor del ya citado Auto de la Sección Primera reviste interés casacional, debe arrancar de lo declarado por esta Sala Tercera en nuestras de 2 de enero de 2014 dictada en el recurso de casación nº 195/2012, y de 18 de marzo de 2016 dictada en el recurso de casación nº 419/2015.

En la primera sentencia, de 2014, consideramos que era fundada la vulneración del artículo 23.2 de la CE , porque cuando la Administración no ofrece una justificación objetiva y convincente sobre el diferente régimen jurídico que debe aplicarse a los diferentes turnos allí cuestionados (turnos de acceso libre y turno de promoción interna), de los tres turnos del concurso oposición (libre, promoción interna y discapacitados), esa diferencia de trato injustificada es contraria al mandato del artículo 23.2 de la CE . Teniendo en cuenta que la diferencia en el régimen aplicable se deriva de la exigencia, para el turno de acceso libre, contenida en la "regla limitativa" prevista en la base 6ª de la convocatoria que disponía que sólo pasaban, de la fase de oposición a la de concurso, aquellos que además de obtener la puntuación mínima fijada, se encuentren entre el número equivalente al de plazas convocadas más un 50%.

En la segunda sentencia, de 2016, declaramos respecto del mismo concurso oposición, y en relación ahora con el turno de discapacitados, que la aplicación a dicho turno de las exigencias que regían el turno libre, es decir, que imponía la denominada "regla limitativa" comportaba, a falta de una justificación suficiente, que dicha regla era de aplicación también al turno de discapacitados. Si bien ya advertimos en dicha sentencia de 2016, respecto de la sentencia de 2014, que lo allí declarado era que resultaba contrario a los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública (artículo 23.2) que se establezca en una misma oposición para una misma categoría profesional, distinto nivel de exigencia para superarla, dependiendo del turno por el que se participe. El nivel de exigencia debe ser idéntico para todos los aspirantes, cualquiera que sea el turno de acceso. De modo que esta Sala Tercera no se examinó, ni se decantó, por la bondad o el acierto de la existencia de esa nota de corte en el proceso selectivo, sino que la "ratio decidendi" se concentraba en señalar que no podía tratarse de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional, derivada de un mismo proceso selectivo, en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados, promoción interna o libre). Lo que allí señalamos es que el trato ha de ser igual para todos, mediante la imposición de la regla o mediante su supresión, porque de otra manera, y a falta de justificación, se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE .

**QUINTO** .- *Siguiendo la cuestión que suscita interés casacional*

Pues bien, sobre si la regla que limita el número máximo de opositores que puedan pasar a la fase de concurso, la denominada "regla limitativa", debe ser la misma, o puede ser diferente, a cada uno de los turnos de acceso en un mismo concurso oposición, que es la cuestión identificada por esta Sala como de interés casacional (Auto de 25 de abril de 2017 ), debemos señalar que en nuestra jurisprudencia no existe contradicción alguna al respecto, toda vez que en nuestra Sentencia de 2 de enero de 2014 declaramos <<La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, ha de coincidir con el recurso en que esa diferencia de trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución .

Abundando en lo anterior, ha de decirse que si, en el turno de promoción interna, se dispone que con una determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional a cuya constatación está dirigida dicha parte del proceso selectivo, y ello es bastante para pasar a la fase de valoración de méritos, no se alcanza a ver qué razón puede justificar que se proceda de manera distinta en el turno libre>>

Y en la Sentencia de 18 de marzo de 2016 , al tener en cuenta la Sentencia de 2014, declaramos que <<Es decir, esta Sala no se decantó tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados. promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103>>.

De modo que, desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró, en ambas sentencias, es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente. Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues



lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación. Sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo.

No existe contradicción, por tanto, en nuestra jurisprudencia, desde el punto de vista de los criterios de aplicación, entre las dos sentencias citadas de 2014 y de 2016, sin perjuicio de las disfunciones que hayan podido derivarse en el plano de su ejecución, aparecidas al tratarse de un mismo concurso oposición y de los efectos limitados de la primera sentencia.

En definitiva, la sentencia impugnada se debió centrar en aplicar dicha doctrina, derivada de las dos sentencias de tanta cita, sobre la igualdad en el acceso a la función pública, ex artículo 23.2 de la CE, que comporta que dichas reglas limitativas no son exigibles en ningún turno o lo serán en todos, siempre que la Administración no haya proporcionado oportunamente, es decir, al momento de establecer dicha limitación y no en un proceso judicial posterior, esa justificación suficiente. De modo que el examen sobre el acierto de la diferencia de trato entre los turnos de acceso que hace la sentencia, basado en lo alegado en el proceso, resulta contrario a nuestra jurisprudencia.

En consecuencia, procede haber lugar al recurso de casación, casar la sentencia y estimar en parte el recurso contencioso-administrativo anulando la actuación administrativa impugnada, únicamente en cuanto a la exclusión de la parte ahora recurrente, D. Torcuato, ordenando a la Administración demandada que permita a la recurrente pasar a la fase de concurso del proceso selectivo litigioso y valore en ellas los méritos que aporten y justifiquen de conformidad con lo establecido en la convocatoria; y una vez efectuada esa valoración, dicte una resolución en la que, computando las puntuaciones obtenidas en las fases de oposición y de concurso, decida si les corresponde, o no, figurar -y en su caso en qué orden- en la relación final de aprobados, desestimándose el recurso en lo demás.

#### **SEXTO.-?** *Las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 de la misma Ley, no se hace imposición de costas procesales en el recurso contencioso administrativo, y en casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que **ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Torcuato, contra la Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el recurso contencioso administrativo nº 495/2015. Por lo que casamos y anulamos la sentencia.

Que **estimamos en parte** el recurso contencioso-administrativo anulando la actuación administrativa impugnada, únicamente en cuanto a la exclusión de la parte ahora recurrente, ordenando a la Administración demandada que permita a la recurrente pasar a la fase de concurso del proceso selectivo litigioso y valore en ellas los méritos que aporten y justifiquen de conformidad con lo establecido en la convocatoria. Y una vez efectuada esa valoración, dicte una resolución en la que, computando las puntuaciones obtenidas en las fases de oposición y de concurso, decida si les corresponde o no figurar, y en su caso en qué orden, en la relación final de aprobados.

Con imposición de las **costas procesales** en los términos establecidos en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª María del Pilar Teso Gamella D. Antonio J. Fonseca Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

### **VOTO PARTICULAR**

Fecha de sentencia: 19/12/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION



Número: 393/2017

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Con el mayor respeto al parecer de la Sala expresado en la sentencia, me considero obligado a formular este voto particular concurrente pues, desde luego, participo de la decisión plasmada en el fallo pero entiendo que sí existe contradicción entre las dos sentencias de la Sección Séptima a las que se hace referencia. Así lo dije en el voto particular que presenté a la de 18 de marzo de 2016 (casación 419/2015) y así debo reiterarlo ahora, añadiendo que en esa contradicción no tengo duda de que la solución acertada es la seguida por la anterior sentencia de 2 de enero de 2014 (casación 195/2012).

Precisamente por eso, coincido en que deben estimarse este recurso de casación y en parte el recurso contencioso-administrativo pues la sentencia de instancia, so pretexto de la evidente contradicción producida por la de 18 de marzo de 2016, retoma la solución que ya mantuvo la Sala de Albacete en la anulada por la de 2 de enero de 2014. Y lo ha hecho sin ofrecer razones que desvirtúen las de esta última. Cabe añadir que el desigual trato que las bases de la convocatoria dan a los aspirantes en función del turno al que concurren no está explicado en el expediente ni parece comprensible pues, en definitiva, consiste en exigir un mayor nivel de conocimientos a quienes se presenten por el turno libre que a quienes lo hagan por los de promoción o de discapacitados. Desde los principios de mérito y capacidad, además del de igualdad, se hace difícil comprender que puedan válidamente exigirse menos conocimientos a unos aspirantes que a otros.

La explicación aceptada por la Sala de instancia en el litigio concluido por la sentencia de la que discrepé en su día y que retoma ahora, al margen de que no se ofrece en el expediente sino que aparece *a posteriori*, no supera esa dificultad porque trastoca el nivel de exigencia requerido a unos y a otros en una prueba objetiva.

Madrid a 19 de diciembre de 2017

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

## VOTO PARTICULAR

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Con el máximo respeto y al amparo de los artículos 206.1 y 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo este voto particular con base en las siguientes razones que deberían haber llevado a dictar sentencia desestimatoria:

**PRIMERO.-** Para la adecuada comprensión de lo planteado en esta casación con vista a la formación de doctrina jurisprudencial, es preciso exponer los siguientes antecedentes sobre la base de los antecedentes que se deducen de los autos:

1º Mediante treinta y una resoluciones, todas de 5 de octubre de 2009, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha convocó otros tantos procesos selectivos independientes para acceder a la condición de personal estatutario fijo según diversas categorías o grupos profesionales: Celador, Enfermero, Auxiliar de Enfermería, Médicos de familia, Facultativos Especialistas de distintas áreas y Grupo Auxiliar de la Función Administrativa, que es el caso de autos.

2º De esta forma y por cada categoría o grupo profesional se hicieron dos convocatorias: una común para el ingreso por turno libre y de promoción interna y otra distinta para el acceso de personas con discapacidad. No se podía concurrir sino por uno sólo de esos tres turnos.

3º Como se ha dicho en el caso de autos para el acceso al Grupo Auxiliar de la Función Administrativa se convocaron un total de 483 plazas básicas de las cuales 304 plazas se reservaban para el turno libre y 179 plazas para el turno de promoción interna (base 1.1.1.). En otra convocatoria se convocaron 39 plazas para el turno de discapacitados.

4º En todas las convocatorias el proceso selectivo se componía de dos fases, ambas selectivas: una de oposición, eliminatoria, seguida del concurso; en la primera se evaluaban los conocimientos teóricos y en la segunda se valoraba la competencia profesional de los aspirantes conforme al baremo de méritos que se recogía en uno de los anexos de cada convocatoria. Además la nota obtenida en la fase de concurso no podía emplearse para completar la obtenida en la oposición (base 6.3.3.).

5º En la fase de oposición podía obtenerse un máximo de 50 puntos y un mínimo de 25 en caso de promoción interna y turno de discapacitados; sin embargo para el turno libre el mínimo sería el resultante de la nota de corte resultante de lo previsto en las bases: que sólo podían pasar la fase de oposición un número de aspirantes



equivalente al 150% de las plazas ofertadas al turno libre que es lo que se denomina en este recurso regla limitativa o nota de corte.

6º En lo que hace a la fase de concurso, la puntuación máxima posible era de 50 puntos para lo que se valoraba la participación en actividades de formación continuada (hasta 10 puntos) y, sobre todo, la experiencia profesional con un máximo de 40 puntos: se valoraban así servicios prestados en Instituciones Sanitarias Públicas del Sistema Nacional de Salud e Instituciones Sanitarias Públicas de la Unión Europea como personal estatutario en la misma categoría a la que se opta en ambos casos o, además, del mismo contenido funcional en el segundo caso (0,01 y 0,0075 puntos por día, respectivamente) y de otra categoría en otros centros públicos dependientes de las Administraciones Públicas nacionales o de la Unión Europea (0,005 puntos).

7º Lo litigioso surgió a propósito de la fase de oposición por razón de la regla limitativa o nota de corte antes expuesta y en el caso del Grupo Auxiliar de la Función Administrativa la nota más baja de la fase de oposición fue de 27.84 puntos.

8º Hubo aspirantes al grupo profesional de Celadores que concurrieron por el turno libre que consideraron que la nota de corte suponía un trato discriminatorio respecto de los aspirantes por el turno de promoción interna con los que concurrían en la misma convocatoria, lo que infringía el artículo 23.2 de la Constitución. La razón es que por elevada que fuese la puntuación sería insuficiente para lograr plaza, a diferencia de los aspirantes por el turno de promoción interna - con más experiencia profesional - a los que les bastaba una puntuación mínima en la oposición para lograr aprobar el proceso selectivo al obtener más nota en la fase de concurso.

9º La Sala de instancia en diversos recursos desestimó esas demandas promovidas por aspirantes que concurrieron por el turno libre, pero esta Sala, Sección Séptima, en sentencia de 2 de enero de 2014 (recurso de casación 195/2012) estimó su recurso de casación.

10º En efecto, en esa sentencia esta Sala consideró que el proceso selectivo debía desarrollarse en condiciones de igualdad para todos los turnos y con los mismos criterios de calificación, salvo que la Administración justifique el trato diferente, lo que no hizo. A tal efecto esa sentencia rechazó como justificación que la diferencia de trato estuviese en la necesidad de agilizar el proceso selectivo al limitarse el número de aspirantes evaluados en la fase de concurso, por tratarse de una razón alejada de la finalidad principal de todo proceso selectivo y por ser desproporcionada respecto de la distinta situación en que coloca a los aspirantes de ambos turnos.

11º Sin embargo hubo también otros recursos en los que los demandantes eran aspirantes que concurrieron por el turno de discapacitados y que pretendieron que se les impusiera la regla limitativa - la nota de corte - prevista por las convocatorias para el turno libre. En esos casos la Sala de instancia dictó sentencias desestimatorias a la vista de la sentencia de esta Sala de 2 de enero de 2014. Sin embargo esta Sala, Sección Séptima, estimó un recurso de casación en sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso de casación 419/2015), sentencia que iba acompañada de tres votos particulares.

12º En esa sentencia se decía que la pretensión de los allí recurrentes se basaba en que, por el peso que tenía la fase de concurso, la ausencia de nota de corte llevaba a que se beneficiase a los llamados "interinos perpetuos". De esta manera la Sala deja constancia de que no se justificaba ni el trato diferente respecto de los aspirantes por del turno libre ni porqué no se establecía una nota de corte para el turno de discapacitados.

13º El tribunal en su sentencia de 18 de marzo de 2016 era consciente de lo que había resuelto en la de 2 de enero de 2014 y fue objeto de tres votos particulares en los que se destacaba la contradicción en que se incurría con la de 2 de enero de 2014, tras la cual no cabe ya aplicar el sistema de nota de corte lo que lleva al absurdo a exigir que se aplique a los aspirantes por el turno de discapacitados una regla que se había declarado inconstitucional para los del turno libre.

**SEGUNDO.-** El presente recurso de casación fue admitido por auto de 25 de abril de 2017. Así a los efectos de los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, en sede de admisión se ha considerado que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y a tal efecto corresponde a esta Sección juzgar dentro de los términos fijados por la Sección de admisión y que concretó así en la parte dispositiva del citado auto:

*«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal don Torcuato contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de septiembre de 2016, recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales nº 495/2015.*

*» Segundo. Precisar -como ya señalamos en el auto de admisión dictado en el recurso de casación núm. 480/2017- que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si, en el ámbito de los procesos selectivos por el sistema de concurso-oposición en los que coexisten*





*distintos turnos de acceso (libre, promoción interna y discapacitados), resulta conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el establecimiento en todos, alguno o ninguno de dichos turnos de reglas que limitan el número máximo de opositores que pueden pasar a la fase de concurso, o si, por el contrario, como sostiene la Sala sentenciadora en la instancia, pueden regir diferentes criterios para unos turnos (libre y discapacitados) y no para otros (promoción interna), atendiendo a una eventual contradicción entre los pronunciamientos contenidos en nuestras sentencias de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, recaídas, de forma respectiva, en los recursos de casación núms. 195/2012 y 419/2015.*

» Tercero. Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el artículo 23.2 de la Constitución española ».

**TERCERO.-** Lo antes expuesto tiene una especial significación pues frente al criterio mayoritario entiendo que no procede plantearse si la razón dada para justificar la introducción de la nota de corte en el turno libre fue invocada por la Administración en sede administrativa o si la ha invocado por vez primera en la instancia o si es una razón que la Sala introduce por sí. La cuestión es que a esta Sección de enjuiciamiento le ha quedado delimitado su cognición, a efectos casacionales, en los términos antes expuestos y sobre la base de lo razonado por la sentencia recurrida que es el objeto de este recurso.

**CUARTO.-** Delimitado lo litigioso en esta casación el recurrente alega, en primer lugar, que la sentencia de instancia incurre en la infracción del artículo 23.2 de la Constitución en relación con las normas que invoca de legalidad ordinaria citadas en el Antecedente de Hecho Sexto 1º, conjunto normativo cuya infracción se invoca junto con el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2008. En segundo lugar añade las dos sentencias de esta Sala de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, en las que el recurrente no advierte contradicción alguna a diferencia de la sentencia impugnada, si bien en la segunda sentencia advierte una serie de errores aritméticos que asumió la sentencia de instancia para justificar que la nota de corte pretenda no beneficiar a los "interinos perpetuos".

**QUINTO.-** Pues bien, en cuanto a la infracción de las normas antes invocadas se desestima el presente recurso de casación por las siguientes razones:

1º Partiendo del contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución, como derecho fundamental de configuración legal y cuyo contenido y desarrollo legal es de sobra conocido por las partes y que glosa el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional 30/2008, cabe decir que, como regla general y en abstracto, el establecimiento de una nota de corte o limitación de aspirantes en una primera fase de oposición por encima de la nota mínima exigible en otros turnos, será un trato discriminatorio proscrito si es que respecto de una determinada categoría de aspirantes con derecho a concurrir, quedan excluidos por razones que no sean su nivel de conocimientos.

2º A estos efectos debe insistirse en la configuración global del proceso selectivo litigioso: se trata de tres turnos diferentes - libre, promoción interna y para discapacitados - e independientes unos de otros, si bien la convocatoria por el turno libre y la de promoción interna es común. De esta forma la única interrelación que se produce en estos turnos es si hay plazas desiertas en los turnos de promoción interna y para discapacitados, que acrecen a los del turno libre (base 1.1.3). En este caso es un hecho no discutido que de 179 plazas ofertadas al turno de promoción interna - que es el término de comparación que elige el recurrente - sólo aprobó un aspirante, luego las otras 178 plazas acrecieron a las 304 plazas inicialmente ofertadas al turno libre, más otras dos que quedaron desiertas del turno de discapacitados, por el cual aprobaron 37 aspirantes.

3º Los distintos aspirantes compiten sólo con los otros aspirantes de su turno, nunca con los de otro turno, por lo que esa separación entre turnos hace que respecto de los del turno libre los otros dos turnos - promoción interna y discapacitados - no sean términos válidos de comparación pues no hay una sustracción de plazas entre ellos salvo, como se ha dicho, las plazas desiertas de los turnos de promoción interna y de discapacitados, que acrecen a favor del turno libre. Esto se dice al margen de las prioridades para elegir plaza entre los aprobados, lo que es ajeno al pleito.

4º Por tanto, como señala la Administración recurrida y se deduce de la sentencia impugnada, la comparación a efectos del derecho al acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad hay que buscarla en el caso de autos entre los aspirantes del turno libre sin experiencia previa o con escasa experiencia y aquellos que concurren en el mismo turno y que cuentan con experiencia previa como interinos. Entendida esa diferencia es como se deduce que no hay trato discriminatorio respecto de los aspirantes que concurren por el turno de promoción interna.

5º Ciertamente todos los aspirantes, al margen del turno por el que concurrieron, que acaben siendo nombrados personal estatutario fijo para el grupo de Auxiliares de la Función Administrativa asumen el mismo cometido profesional luego para todos ellos les es exigible el mismo nivel mínimo de capacidad en cuanto



a sus conocimientos teóricos, pero la razonabilidad de un trato distinto está en cómo se acredita ese nivel mínimo exigible, lo que depende de esas distintas formas de concurrir al proceso selectivo.

6º En el turno libre y para mantener un criterio de igualdad entre sus candidatos, se introduce una nota de corte y así aprobarán la oposición un número de aspirantes que equivalga al 150% de las plazas ofertadas a ese turno. Con tal regla se equilibra o compensa la escasa experiencia previa de los candidatos que concurren al proceso sin ser interinos. Por tanto, la mayor capacidad que unos pueden acreditar - en principio, sus mayores conocimientos teóricos - equilibra el mayor aporte de méritos de los otros candidatos que cuentan con experiencia profesional.

7º En el turno de promoción interna no es precisa tal regla compensatoria que garantice la igualdad en el proceso selectivo para todos los aspirantes que concurren por ese turno pues sólo concurren como candidatos los que ya son personal estatutario fijo (artículo 34.1 Estatuto Marco). Son aspirantes que ya han acreditado unos conocimientos teóricos al acceder al cuerpo o grupo desde el que promocionan, de ahí que baste con exigirles unos conocimientos mínimos sin necesidad de regla compensatoria alguna; a esto añádase que para ese turno juega como hecho diferenciador - e igualador - que ejercen el derecho estatutario a la promoción interna reconocido a todo empleado público.

**SEXTO.-** En cuanto a la infracción de las sentencias de esta Sala, antigua Sección Séptima, de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016 y la eventual contradicción que pueda advertirse en las mismas, también se desestima el recurso por las siguientes razones:

1º La invocación de la sentencia de 2 de enero de 2014 debe hacerse con precaución, pues la cita de la doctrina de una sentencia para extraer un criterio generalizado no puede hacerse sin perder de vista tanto el concreto supuesto de hecho que enjuició como los términos en los que se planteó el litigio. Así las cosas debe recordarse que, en efecto, en esa sentencia lo que se planteó fue el contraste entre el turno libre y el de promoción interna, y lo declarado con carácter general fue que no cabe diferencia entre los tres turnos, lo que le llevó a declarar que era contrario al artículo 23.2 la exigencia de la nota de corte para el turno libre a diferencia de los otros dos en los que no se exige.

2º Sin embargo lo decidido se basaba no tanto en que deba aplicarse el mismo criterio a todos los turnos como regla inflexible, sino que la *ratio decidendi*, la idea clave que está en la base de su decisión, fue la ausencia de una razón hábil que justificase el trato diferenciado del turno libre respecto del turno de promoción interna. A estos efectos la citada sentencia rechazó como razón justificativa - literalmente, "la única razón visible" planteada - que tal diferencia se justificase en la agilización del proceso selectivo, al rechazarlo concluyó que al no haber razón justificativa es por lo que debe regir para todos los turnos el mismo criterio (cf. Fundamento de Derecho Tercero párrafos 5º, 6º 7º *in fine* y 8º). Esta idea la asume la sentencia de 18 de marzo de 2016 que manifiesta que en la anterior no se juzgó tanto la bondad o no de la nota de corte como la ausencia de razón justificativa.

3º Pues bien, como se ha dicho ya, que no se previese para el turno de promoción interna - que es el que se toma indebidamente como término de comparación - una nota de corte tiene su razón en que es un turno en el que el candidato ya es personal estatutario fijo, ejerce el derecho a la promoción y lo hace desde un puesto de trabajo al que accedió acreditando un nivel de conocimientos, de ahí que el peso del proceso selectivo para él recaiga en la fase de concurso - en la que se acredita la experiencia profesional - y que no le sean exigibles unos conocimientos superiores a base de instaurar una nota de corte elevada.

4º La recurrente no está en dicha situación: concurre por el turno libre y es un hecho que no se discute que por ese turno concurrían tanto los aspirantes con apenas experiencia laboral, como aquellos que - caso de el recurrente - contaban con esa experiencia laboral previa como personal estatutario temporal, sin que se trate de un proceso excepcional - y, por tanto, expreso - de consolidación de empleo temporal, ni pueda llegar a producir un resultado equivalente en beneficio de una determinada categoría de aspirantes.

5º En estas circunstancias cobra relevancia la razón dada para justificar la nota de corte y sobre la que no se pronunció la sentencia de 2 de enero de 2014 : se trataba de equilibrar a los aspirantes del turno libre de ambas procedencias, de forma que esa experiencia previa - como señala la Administración - sea relevante pero no determinante, lo que sí hubiera ocurrido de seguirse el criterio de el recurrente. En definitiva, que puestos a comparar situaciones jurídicas en un mismo proceso selectivo, con quien debería compararse el recurrente no es con los aspirantes del turno de promoción interna, sino con aquellos de distinta procedencia que concurren en su mismo turno libre.

6º Para unos la exigencia de una mayor puntuación en fase de oposición completa la previsible escasa puntuación que podían lograr en fase de concurso; para otros la exigencia de esa mayor puntuación es razonable para equilibrar ambas fases dentro del mismo turno si bien a la postre jugará a su favor la experiencia



previa que hayan acreditado, máxime cuando la nota mínima quedó en 27,84 puntos en la fase de oposición si bien el recurrente obtuvo 27,50 puntos.

7º Respecto de las sentencias de esta Sala hay que concluir que, en efecto, son contradictorias - lo acaba reconociendo la parte recurrente - tal y como razona la sentencia de instancia y así quedó en evidencia en los votos particulares emitidos a la sentencia de 18 de marzo de 2016 . No obstante la sentencia de 18 de marzo de 2016 es más bien contradictoria consigo misma, pues tras asumir en un primer momento los postulados de la sentencia de 2 de enero de 2014 , llega a una conclusión sorpresiva. Esto hace que carezca de sentido que el recurrente sostenga que tras ambas sentencias el turno de discapacitados ha quedado igualado al de turno libre y este al de promoción interna, luego no se exige en ninguno de los tres nota de corte alguna.

8º Esto no tiene sentido y es contrario a toda lógica porque, de ser así, no se alcanza a entender qué se habría estimado por la sentencia de 18 de marzo de 2016 , o dicho en otros términos: no tiene sentido que la estimación consista en igualar el turno de discapacitados al turno libre tras la sentencia de 2 de enero de 2014 - que elimina la nota de corte - cuanto la convocatoria no preveía para el turno de discapacitados nota de corte, de ahí que en uno de los votos particulares - el voto conjunto - se diga que el fallo mayoritario lleva a una "situación absurda".

**SÉPTIMO.-** De esta manera no se trata ahora de dictar una tercera sentencia que solvente esa "eventual" contradicción entre las sentencias de esta Sala y que apuntaba la Sección de admisión, pues en lo que interesa a esta casación no hay, en puridad, tal contradicción, cosa distinta es la que haya en la sentencia de 18 de marzo de 2016 consigo misma. Se trata más bien de llevar ambas sentencias de 2 de enero de 2014 y de 18 de marzo de 2016 , en lo que son coincidentes, a sus lógicas consecuencias: que el sistema de nota de corte como criterio corrector es admisible si se ofrece una razón que justifique un trato distinto entre turnos y, dentro del turno en que se aplique, si esa razón está justificada por la distinta procedencia de los aspirantes. Centrada así la cuestión, la razón que aprecia la sentencia impugnada es admisible en cuanto que lejos de discriminar busca equilibrar o compensar en las condiciones de concurrencia a los aspirantes del turno libre por razón de su distinta procedencia.

**OCTAVO.-** La consecuencia de lo dicho a los efectos de lo planteado por el auto de 25 de abril de 2017 , cabe concluir en estos términos:

1º Que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que prevén diversos turnos independientes para la provisión de plazas con idéntico cometido, la regla general será la igualdad en cuanto al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución si obedece a razones objetivas y atendibles en función de las circunstancias que concurren en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los distintos turnos.

2º Que llevada tal doctrina al caso de autos, es conforme a tal derecho fundamental que las bases de la convocatoria para la oposición-concurso de autos prevean en la fase de oposición la exigencia de una nota de corte que compense o reequilibre la dificultad del proceso selectivo en su conjunto entre los que concurren por el turno libre con escasa experiencia profesional respecto de aquellos otros que concurren por el mismo turno cuenten con una mayor experiencia profesional por su condición de interinos.

3º Por tanto, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Torcuato .

Madrid a 19 de diciembre de 2017

José Luis Requero Ibáñez

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.