

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
PERSONAL AL SERVICIO DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

2009-2012

Coordinador: D. Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autor: D. Miguel Ángel Ruiz López. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

INDICE

I. CLASES DE PERSONAL.....	18
1. Personal estatutario.....	18
2. Personal funcionario vs. Personal laboral.....	19
3. Nombramiento de Director General. No concurrencia de la excepción a la regla general de que debe recaer en personal funcionario. Lo relevante no son los méritos del nombrado sino las características objetivas de la Dirección General.	21
4. Carácter circunstancial y temporal de la relación de servicios de los funcionarios interinos.	23
5. Puestos de trabajo de régimen laboral. Su posibilidad es una excepción que debe ser interpretada restrictivamente.	24
6. Personal transferido a las Comunidades Autónomas.....	25
II. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.....	28
1. Relaciones de puestos de trabajo	28
1.1. Naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo y su tratamiento en la jurisprudencia de la Sala. Participan de la naturaleza propia de las "disposiciones de carácter general".	28
1.2. Motivación en las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo. Puestos de policía local: régimen de turnos.	31
1.3. Anulación de Orden de modificación de una Relación de Puestos de Trabajo. Reserva de puestos a personal interino. Ausencia de negociación colectiva pese a que contenía nuevos puestos de trabajo. Incidencia en condiciones de trabajo de funcionarios.	32
1.4. Relación de Puestos de Trabajo del personal eventual. Innecesariedad de que en la misma figure necesariamente una referencia a los requisitos, características esenciales y a la totalidad de las retribuciones de los puestos de trabajo en ella relacionados.	33
1.5. Las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos municipales son instrumentos distintos, aunque necesariamente vinculados. La Plantilla Orgánica no es sino la aprobación de una partida de los mismos presupuestos.....	34
1.6. Modificación sustancial de determinados puestos de trabajo. Asignación nominal a funcionarios sin seguir procedimiento alguno para provisión. Nulidad. Vulneración de principios de mérito y capacidad.	35

1.7. Modificación sustancial del contenido de puesto de trabajo para fines distintos de ordenación del personal. Efectiva postergación de la recurrente al objeto de obviar los resultados del concurso de méritos anterior a la modificación. Desviación de poder.	37
1.8. Modificación de la RPT consistente en crear puestos a extinguir de adscripción laboral con el fin dar destino al personal laboral que estaba obligado a participar en un concurso de traslado y no obtuvo ninguno de los puestos solicitados.	39
1.9. La omisión de la descripción de las funciones correspondientes a cada puesto ya no viene exigida en el art. 15 de la Ley 30/1984.	40
2. Bases de convocatorias de oposiciones y concursos.	41
2.1. Las bases de las convocatorias de oposiciones deben interpretarse en el sentido más favorable que resulte del art. 23.2 CE. Opositora que en el momento del examen escrito en llamamiento único se haya incapacitada para escribir por una fractura.	41
2.2. Las bases de convocatoria vinculan tanto a la Administración como a los participantes e interesados en el procedimiento.	43
2.3. La no impugnación previa de las bases no impide impugnar el resultado final del proceso.	44
3. Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo.	44
3.1. Pactos y Acuerdos entre Sindicatos y Administración. Carencia de eficacia y validez antes de su ratificación por la Administración al incorporarlos a una disposición general, dada la naturaleza esencialmente organizativa de las condiciones esenciales del estatuto de los funcionarios públicos.	44
3.2. Acuerdo/Convenio contrario a Derecho por regular conjuntamente el régimen de funcionarios y personal laboral.	45
4. Oferta de empleo público.	47
4.1. Sentido y alcance.	47
III. ACTOS ADMINISTRATIVOS	48
1. Nacimiento de la relación de servicio de funcionarios de carrera	48
1.1. Principios constitucionales.	48
1.1.1. Reglamento de Ingreso en las Fuerzas Armadas. Límite máximo de edad para ingreso en la Escala de Tropa y Marinería. Diferencia de trato justificada.	48
1.1.2. Durante el desarrollo del proceso selectivo queda excluida, dentro de cada cupo, toda diferencia de trato entre los aspirantes. La opción a las plazas reservadas del cupo de minusválidos debe formularse en la solicitud de participación en las pruebas.	49

1.1.3. La reserva de plazas a los discapacitados debe hacerse efectiva en cada convocatoria, no en la Oferta de Empleo Público.....	50
1.1.4. Pruebas selectivas de consolidación de empleo para el acceso al Grupo Técnico de la Función Administrativa en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD. Discrecionalidad administrativa. Principio de publicidad.....	53
1.1.5. Publicidad y transparencia de los criterios de actuación del Tribunal Calificador.....	54
1.1.6. Nulidad de mérito consistente en realización de cursos de formación de carácter oficial por resultar discriminatorio. Alcance y contenido del artículo 23.2 de la CE.	55
1.1.7. Distinta regulación de los médicos pertenecientes al sistema sanitario. Médicos de cupo.....	57
1.1.8. Obligación de incluir en la Oferta de Empleo Público las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos.	58
1.1.9. Vulneración del principio de igualdad al no revisar los ejercicios de todos los aspirantes, tras admitir un error en el sistema de valoración.	59
1.1.10. No es contraria al principio de igualdad la diferente valoración establecida para los méritos de experiencia y antigüedad en función de que el desempeño haya sido como funcionario de carrera o interino.....	60
1.2. Procesos selectivos	61
1.2.1. Preferencia del sistema de concurso-oposición.....	61
1.2.2. Realización de curso selectivo. Derecho reconocido al recurrente en otra casación (1137/2007) a seguir el curso selectivo una vez que superó la fase de pruebas selectivas. Los actos impugnados en el actual proceso son ajenos al recurrente y no afectan al derecho reconocido en aquella.	62
1.2.3. Abstención/Recusación del Tribunal de oposiciones.....	63
A) Participación de asesor que debió abstenerse. Art. 28.2.a) de la Ley 30/1992..	63
B) Universidades. Habilitación para el Cuerpo de Profesores Titulares de universidad. Concurrencia en la Comisión juzgadora de la causa de recusación y abstención del artículo 28.2.b) de la Ley 30/1992.	63
1.2.4. Subsanación.....	65

A) Concurso-oposición para ingreso en el cuerpo de maestros. Defectuosa acreditación del mérito alegado. Subsanación de la documentación administrativa dentro de los procesos selectivos. Art. 71 Ley 30/92.....	65
B) No resulta aplicable el art. 79.1 de la Ley 30/1992 a los procedimientos selectivos. Posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados en virtud del art. 71 de la misma Ley. 67	
1.2.5. Presunción de acierto de los acuerdos del Tribunal. Pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía. Control de la discrecionalidad técnica. La Administración no explicó los suspensos sobrevenidos a raíz de una anotación negativa que se le impuso al recurrente.	70
1.2.6. Valoración de méritos	71
A) Es computable como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de Religión. Competencia de las autoridades eclesíásticas para determinar quienes sean las personas cualificadas para esa enseñanza.	71
B) Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo de Veterinarios. Desproporcionada valoración de los servicios prestados como interino. También procede la valoración de los prestados en régimen de contratación laboral siempre que se desarrollen las mismas funciones.	74
C) Servicio de Salud. Baremo de méritos que prima a los especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria vía MIR en perjuicio de otros titulados que acceden a dicho título por otra vía. Trato discriminatorio carente de justificación.....	77
D) Proceso selectivo. Diferente valoración de experiencia profesional según Administración donde se prestó. Nulidad. Contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Inexistencia de bases consentidas al resultar contrarias a los derechos fundamentales.	80
E) Experiencia docente en otras Administraciones educativas distintas a la convocante. Aplicación desigual de las bases de la convocatoria.....	81
F) Acceso a la condición de Facultativo Especialista del Área de Psiquiatría de Instituciones Sanitarias en la Comunidad Autónoma de Cantabria. No valoración de los servicios prestados en centros privados concertados.....	84
G) Pruebas selectivas. Ingreso en Cuerpo Administrativo del País Vasco. Nulidad del baremo que asigna diferente puntuación a los servicios previos prestados en dicha Administración frente a los desempeñados en otras. Vulneración derecho a la igualdad.	86
H) Aplicación del sistema de ponderación en la valoración de los resultados obtenidos.	88

I) Plazas de facultativo especialista en Farmacia Hospitalaria. Falta de valoración de formación especializada. Desigualdad de trato no justificada.....	89
1.2.7. Discrecionalidad técnica	90
A) Control de la discrecionalidad técnica de las pruebas selectivas: materias excluidas.....	90
B) Núcleo material de la decisión de la discrecionalidad técnica. Ingreso en el Cuerpo de Bomberos.....	91
C) Proceso selectivo. Realización de un número de supuestos prácticos que excede el previsto en la convocatoria. No se infringe la discrecionalidad técnica.	93
D) Pruebas de acceso a la función pública. Discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadores de las pruebas selectivas. Evolución jurisprudencial en el proceso de control de la discrecionalidad técnica.	94
E) Pruebas selectivas. Incorrecta valoración de los méritos de un aspirante, debidamente acreditados mediante prueba documental practicada en el proceso de instancia. Inexistencia de vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica.	98
F) Improcedente nota de corte impuesta por el tribunal calificador al no venir amparada en las bases. Control de legalidad del acto administrativo que no vulnera la discrecionalidad técnica.	99
G) Inexistencia de Poder del Tribunal Calificador para decidir, sin figurar en las bases de la convocatoria, descontar una pregunta acertada por cada una de las desacertadas.....	100
1.2.8. Motivación de los acuerdos de los Tribunales de oposición.....	101
A) Ausencia de criterios de corrección así como de la regla de conversión de las puntuaciones. Vulneración de la discrecionalidad técnica. Anulación y retroacción de actuaciones.	101
B) Motivación en las calificaciones de las pruebas concretas realizadas. Requisitos para formar parte del Tribunal Calificador. Actas de los órganos colegiados.	103
1.2.9. Titulación académica de ingreso	104
A) Acceso a Cuerpos docentes no universitarios. Valoración del expediente académico en el caso de titulaciones homologadas o equivalentes a las especificadas en la convocatoria. Debe ser igualmente susceptible de valoración para unos y otros títulos.	104

B) Servicio Andaluz de Salud. Proceso extraordinario de consolidación de empleo. Innecesariedad de presentar título académico requerido al tiempo de presentar la solicitud, siendo bastante estar en condiciones de obtenerlo.	105
C) Reserva a Ingenieros Industriales de determinados puestos de trabajo. RPT de Andalucía. Principio de suficiencia de la motivación frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas las profesiones relacionadas con el puesto.	106
D) Modificación de RPT. Reserva de puestos de trabajo a determinadas titulaciones. Nulidad de puestos de trabajo por no contener requisitos para su desempeño. Puestos suficientemente definidos. Razonabilidad de la reserva.	108
E) Sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial prevalece el principio de libertad de acceso con idoneidad.	109
F) Exigencia del conocimiento del idioma gallego para el acceso en puestos de trabajo correspondientes a profesionales de la enfermería.....	111
1.3. Rehabilitación de funcionarios	112
1.3.1. Carácter excepcional de la rehabilitación.....	112
1.3.2. No es posible la rehabilitación por silencio administrativo positivo en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público.....	113
1.3.3. Rehabilitación de funcionario. Solo se suspende el procedimiento durante el plazo de emisión del dictamen médico.	113
1.3.4. Rehabilitación de funcionario. Falta de previsión de dicha posibilidad en supuestos de sanción disciplinaria de separación del servicio. Inexistencia de laguna legal. No vulneración del principio de igualdad.....	114
2. Extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera	116
2.1. Jubilación	116
2.1.1. Extinción de la relación estatutaria del personal al servicio de Instituciones públicas de salud. Las «necesidades asistenciales» constituyen la clave para la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa.	117
2.1.2. Posibilidad de jubilación voluntaria parcial del personal estatutario al servicio de la Administración sanitaria.	117
2.1.3. La jubilación del profesorado universitario está establecida a los setenta años y ni la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni el Real Decreto 1558/1986 contienen una previsión diferente para el caso de quienes desempeñen una plaza vinculada a los servicios de salud.	118

2.1.4. Clases pasivas. Prolongación en el servicio activo más allá de los setenta años para poder causar derecho a la pensión mínima.	120
2.2. Inhabilitación	123
2.2.1. Solicitud de reingreso al servicio activo. Imposibilidad. Pena de inhabilitación especial que determinó la pérdida de la condición de funcionario.	123
2.2.2. Inhabilitación especial para cargo público.	124
2.2.3. Extinción de la relación de servicio como consecuencia de condena por falsedad documental. La inhabilitación para cargo público supone la extinción de la relación funcional.....	125
2.2.4. Pérdida de la condición de Guardia Civil por haber sido condenado a la pena de inhabilitación especial. Inexistencia de indefensión por falta de audiencia previa. Obligación de la Administración de hacer cumplir condena penal.....	127
2.3. Sanción disciplinaria de separación del servicio.	127
2.3.1. Separación del servicio. Dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción. Principio non bis in ídem.	128
IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.....	130
1. Derechos retributivos.	130
1.1. Tras la aprobación del EBEP, se han de abonar a los funcionarios interinos los trienios devengados también con carácter retroactivo.	130
1.2. Gratificaciones por servicios extraordinarios.	131
1.3. Disminución de los complementos permaneciendo inalterado el contenido funcional del puesto de trabajo sin que se aporte una justificación suficiente de esa modificación.	132
1.4. Es discriminatoria la diferencia establecida en cuanto al complemento específico entre los profesores de secundaria y los maestros que prestan servicios en los equipos de orientación educativa y psicopedagógica.....	132
2. Derechos funcionales.	134
2.1. No hay un derecho adquirido de los funcionarios a disfrutar de un horario inalterable ni a ser excluidos de las guardias.	134
3. Derechos asistenciales.	135
3.1. Derecho al permiso de paternidad.....	135
V. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.....	137

1. Libre designación.....	137
1.1. Modificación de la relación de puestos de trabajo. Forma de provisión de puestos de libre designación.	137
1.2. Provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. Justificación necesaria de cada puesto de trabajo.	137
1.3. Modificación de RPT. Anulación de puestos de libre designación. Carácter excepcional de dicho sistema. La justificación de esa forma de provisión no se puede encontrar en el nivel de complemento de destino asignado a dichos puestos.	139
1.4. Es posible proponer que quede desierto el puesto de trabajo a proveer por libre designación, pese a que haya solicitantes que cumplan los requisitos exigidos.....	139

I. CLASES DE PERSONAL

1. *Personal estatutario. Procedimiento de integración o “estatutarización” en la condición de personal estatutario del Servicio de Salud*
2. *Personal funcionario vs. Personal laboral. La creación de puestos en las relaciones de puestos de trabajo, a proveer por personal laboral, ha de ser justificada y motivada con suficiencia, ya que la norma general es que los puestos de trabajo han de tener naturaleza estatutaria*
3. *Nombramiento de Director General. No concurrencia de la excepción a la regla general de que debe recaer en personal funcionario. Lo relevante no son los méritos del nombrado sino las características objetivas de la Dirección General*
4. *Carácter circunstancial y temporal de la relación de servicios de los funcionarios interinos*
5. *Puestos de trabajo de régimen laboral. Su posibilidad es una excepción que debe ser interpretada restrictivamente*
6. *Personal transferido a las Comunidades Autónomas*

II. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

1. Relaciones de puestos de trabajo

- 1.1. Naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo y su tratamiento en la jurisprudencia de la Sala. Participan de la naturaleza propia de las "disposiciones de carácter general"
- 1.2. Motivación en las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo. Puestos de policía local: régimen de turnos
- 1.3. Anulación de Orden de modificación de una Relación de Puestos de Trabajo. Reserva de puestos a personal interino. Ausencia de negociación colectiva pese a que contenía nuevos puestos de trabajo. Incidencia en condiciones de trabajo de funcionarios
- 1.4. Relación de Puestos de Trabajo del personal eventual. Innecesariedad de que en la misma figure necesariamente una referencia a los requisitos, características esenciales y a la totalidad de las retribuciones de los puestos de trabajo en ella relacionados
- 1.5. Las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos municipales son instrumentos distintos, aunque necesariamente vinculados. La Plantilla Orgánica no es sino la aprobación de una partida de los mismos presupuestos
- 1.6. Modificación sustancial de determinados puestos de trabajo. Asignación nominal a funcionarios sin seguir procedimiento alguno para provisión. Nulidad. Vulneración de principios de mérito y capacidad

1.7. Modificación sustancial del contenido de puesto de trabajo para fines distintos de ordenación del personal. Efectiva postergación de la recurrente al objeto de obviar los resultados del concurso de méritos anterior a la modificación. Desviación de poder

1.8. Modificación de la RPT consistente en crear puestos a extinguir de adscripción laboral con el fin dar destino al personal laboral que estaba obligado a participar en un concurso de traslado y no obtuvo ninguno de los puestos solicitados

1.9. La omisión de la descripción de las funciones correspondientes a cada puesto ya no viene exigida en el art. 15 de la Ley 30/1984

2. Bases de convocatorias de oposiciones y concursos

2.1. Las bases de las convocatorias de oposiciones deben interpretarse en el sentido más favorable que resulte del art. 23.2 CE. Opositora que en el momento del examen escrito en llamamiento único se haya incapacitada para escribir por una fractura

2.2. Las bases de convocatoria vinculan tanto a la Administración como a los participantes e interesados en el procedimiento

2.3. La no impugnación previa de las bases no impide impugnar el resultado final del proceso

3. Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo

3.1. Pactos y Acuerdos entre Sindicatos y Administración. Carencia de eficacia y validez antes de su ratificación por la Administración al incorporarlos a una disposición general, dada la naturaleza esencialmente organizativa de las condiciones esenciales del estatuto de los funcionarios públicos

3.2. Acuerdo/Convenio contrario a Derecho por regular conjuntamente el régimen de funcionarios y personal laboral

4. Oferta de empleo público

4.1. Sentido y alcance

III. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Nacimiento de la relación de servicio de funcionarios de carrera

1.1. Principios constitucionales

1.1.1. Reglamento de Ingreso en las Fuerzas Armadas. Límite máximo de edad para ingreso en la Escala de Tropa y Marinería. Diferencia de trato justificada

1.1.2. Durante el desarrollo del proceso selectivo queda excluida, dentro de cada cupo, toda diferencia de trato entre los aspirantes. La opción a las plazas reservadas del cupo de minusválidos debe formularse en la solicitud de participación en las pruebas

1.1.3. La reserva de plazas a los discapacitados debe hacerse efectiva en cada convocatoria, no en la Oferta de Empleo Público

1.1.4. Pruebas selectivas de consolidación de empleo para el acceso al Grupo Técnico de la Función Administrativa en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD. Discrecionalidad administrativa. Principio de publicidad

1.1.5. Publicidad y transparencia de los criterios de actuación del Tribunal Calificador

1.1.6. Nulidad de mérito consistente en realización de cursos de formación de carácter oficial por resultar discriminatorio. Alcance y contenido del artículo 23.2 de la CE

1.1.7. Distinta regulación de los médicos pertenecientes al sistema sanitario. Médicos de cupo

1.1.8. Obligación de incluir en la Oferta de Empleo Público las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos

1.1.9. Vulneración del principio de igualdad al no revisar los ejercicios de todos los aspirantes, tras admitir un error en el sistema de valoración

1.1.10. No es contraria al principio de igualdad la diferente valoración establecida para los méritos de experiencia y antigüedad en función de que el desempeño haya sido como funcionario de carrera o interino

1.2. Procesos selectivos

1.2.1. Preferencia del sistema de oposición

1.2.2. Realización de curso selectivo. Derecho reconocido al recurrente en otra casación (1137/2007) a seguir el curso selectivo una vez que superó la fase de pruebas selectivas. Los actos impugnados en el actual proceso son ajenos al recurrente y no afectan al derecho reconocido en aquella

1.2.3. Abstención/Recusación del Tribunal de oposiciones

A) Participación de asesor que debió abstenerse. Art. 28.2.a) de la Ley 30/1992

B) Universidades. Habilitación para el Cuerpo de Profesores Titulares de universidad. Concurrencia en la Comisión juzgadora de la causa de recusación y abstención del art. 28.2.b) de la Ley 30/1992

1.2.4. Subsanación

A) Concurso-oposición para ingreso en el cuerpo de maestros. Defectuosa acreditación del mérito alegado. Subsanación de la documentación administrativa dentro de los procesos selectivos. Art. 71 Ley 30/92

B) No resulta aplicable el art. 79.1 de la Ley 30/1992 a los procedimientos selectivos. Posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados en virtud del art. 71 de la misma Ley

1.2.5. Presunción de acierto de los acuerdos del Tribunal. Pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía. Control de la discrecionalidad técnica. La Administración no explicó los suspensos sobrevenidos a raíz de una anotación negativa que se le impuso al recurrente

1.2.6. Valoración de méritos

A) Es computable como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de Religión. Competencia de las autoridades eclesíásticas para determinar quienes sean las personas cualificadas para esa enseñanza

B) Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo de Veterinarios. Desproporcionada valoración de los servicios prestados como interino. También procede la valoración de los prestados en régimen de contratación laboral siempre que se desarrollen las mismas funciones

C) Servicio de Salud. Baremo de méritos que prima a los especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria vía MIR en perjuicio de otros titulados que acceden a dicho título por otra vía. Trato discriminatorio carente de justificación

D) Proceso selectivo. Diferente valoración de experiencia profesional según Administración donde se prestó. Nulidad. Contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Inexistencia de bases consentidas al resultar contrarias a los derechos fundamentales

E) Experiencia docente en otras Administraciones educativas distintas a la convocante. Aplicación desigual de las bases de la convocatoria

F) Acceso a la condición de Facultativo Especialista del Área de Psiquiatría de Instituciones Sanitarias en la Comunidad Autónoma de Cantabria. No valoración de los servicios prestados en centros privados concertados

G) Pruebas selectivas. Ingreso en Cuerpo Administrativo del País Vasco. Nulidad del baremo que asigna diferente puntuación a los servicios previos prestados en dicha Administración frente a los desempeñados en otras. Vulneración derecho a la igualdad

H) Aplicación del sistema de ponderación en la valoración de los resultados obtenidos

I) Plazas de facultativo especialista en Farmacia Hospitalaria. Falta de valoración de formación especializada. Desigualdad de trato no justificada

1.2.7. Discrecionalidad técnica

A) Control de la discrecionalidad técnica de las pruebas selectivas: materias excluidas

B) Núcleo material de la decisión de la discrecionalidad técnica. Ingreso en el Cuerpo de Bomberos

C) Proceso selectivo. Realización de un número de supuestos prácticos que excede el previsto en la convocatoria. No se infringe la discrecionalidad técnica

D) Pruebas de acceso a la función pública. Discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadoros de las pruebas selectivas. Evolución jurisprudencial en el proceso de control de la discrecionalidad técnica

E) Pruebas selectivas. Incorrecta valoración de los méritos de un aspirante, debidamente acreditados mediante prueba documental practicada en el proceso de instancia. Inexistencia de vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica

F) Improcedente nota de corte impuesta por el tribunal calificador al no venir amparada en las bases. Control de legalidad del acto administrativo que no vulnera la discrecionalidad técnica

G) Inexistencia de Poder del Tribunal Calificador para decidir, sin figurar en las bases de la convocatoria, descontar una pregunta acertada por cada una de las desacertadas

1.2.8. Motivación de los acuerdos de los Tribunales de oposición

A) Ausencia de criterios de corrección así como de la regla de conversión de las puntuaciones. Vulneración de la discrecionalidad técnica. Anulación y retroacción de actuaciones

B) Motivación en las calificaciones de las pruebas concretas realizadas. Requisitos para formar parte del Tribunal Calificador. Actas de los órganos colegiados

1.2.9. Titulación académica de ingreso

A) Acceso a Cuerpos docentes no universitarios. Valoración del expediente académico en el caso de titulaciones homologadas o equivalentes a las especificadas en la convocatoria. Debe ser igualmente susceptible de valoración para unos y otros títulos

B) Servicio Andaluz de Salud. Proceso extraordinario de consolidación de empleo. Innecesariedad de presentar título académico requerido al tiempo de presentar la solicitud, siendo bastante estar en condiciones de obtenerlo

C) Reserva a Ingenieros Industriales de determinados puestos de trabajo. RPT de Andalucía. Principio de suficiencia de la motivación frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas las profesiones relacionadas con el puesto

D) Modificación de RPT. Reserva de puestos de trabajo a determinadas titulaciones. Nulidad de puestos de trabajo por no contener requisitos para su desempeño. Puestos suficientemente definidos. Razonabilidad de la reserva

E) Sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial prevalece el principio de libertad de acceso con idoneidad

F) Exigencia del conocimiento del idioma gallego para el acceso en puestos de trabajo correspondientes a profesionales de la enfermería

1.3. Rehabilitación de funcionarios

1.3.1. Carácter excepcional de la rehabilitación

1.3.2. No es posible la rehabilitación por silencio administrativo positivo en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público

1.3.3. Rehabilitación de funcionario. Solo se suspende el procedimiento durante el plazo de emisión del dictamen médico

1.3.4. Rehabilitación de funcionario. Falta de previsión de dicha posibilidad en supuestos de sanción disciplinaria de separación del servicio. Inexistencia de laguna legal. No vulneración del principio de igualdad

2. Extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera

2.1. Jubilación

2.1.1. Extinción de la relación estatutaria del personal al servicio de Instituciones públicas de salud. Las «necesidades asistenciales» constituyen la clave para la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa

2.1.2. Posibilidad de jubilación voluntaria parcial del personal estatutario al servicio de la Administración sanitaria

2.1.3. La jubilación del profesorado universitario está establecida a los setenta años y ni la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni el Real Decreto 1558/1986 contienen una previsión diferente para el caso de quienes desempeñen una plaza vinculada a los servicios de salud

2.1.4. Clases pasivas. Prolongación en el servicio activo más allá de los setenta años para poder causar derecho a la pensión mínima

2.2. Inhabilitación

2.2.1. Solicitud de reingreso al servicio activo. Imposibilidad. Pena de inhabilitación especial que determinó la pérdida de la condición de funcionario

2.2.2. Inhabilitación especial para cargo público

2.2.3. Extinción de la relación de servicio como consecuencia de condena por falsedad documental. La inhabilitación para cargo público supone la extinción de la relación funcional

2.2.4. Pérdida de la condición de Guardia Civil por haber sido condenado a la pena de inhabilitación especial. Inexistencia de indefensión por falta de audiencia previa. Obligación de la Administración de hacer cumplir condena penal

2.3. Sanción disciplinaria de separación del servicio

2.3.1. Separación del servicio. *Dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción. Principio *non bis in idem*

IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

1. Derechos retributivos

1.1. Tras la aprobación del EBEP, se han de abonar a los funcionarios interinos los trienios devengados también con carácter retroactivo

1.2. Gratificaciones por servicios extraordinarios

1.3. Disminución de los complementos permaneciendo inalterado el contenido funcional del puesto de trabajo sin que se aporte una justificación suficiente de esa modificación

1.4. Es discriminatoria la diferencia establecida en cuanto al complemento específico entre los profesores de secundaria y los maestros que prestan servicios en los equipos de orientación educativa y psicopedagógica

2. Derechos funcionales

2.1. No hay un derecho adquirido de los funcionarios a disfrutar de un horario inalterable ni a ser excluidos de las guardias

3. Derechos asistenciales

3.1. Derecho al permiso de paternidad

V. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. Libre designación

1.1. Modificación de la relación de puestos de trabajo. Forma de provisión de puestos de libre designación

1.2. Provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. Justificación necesaria de cada puesto de trabajo

1.3. Modificación de RPT. Anulación de puestos de libre designación. Carácter excepcional de dicho sistema. La justificación de esa forma de provisión no se puede encontrar en el nivel de complemento de destino asignado a dichos puestos

1.4. Es posible proponer que quede desierto el puesto de trabajo a proveer por libre designación, pese a que haya solicitantes que cumplan los requisitos exigidos

I. CLASES DE PERSONAL

1. Personal estatutario.

Procedimiento de integración o “estatutarización” en la condición de personal estatutario del Servicio de Salud.

La STS, Sec. 7ª, 17/7/2012, RC 3197/2009, anula una sentencia del TSJ de Asturias por incurrir en vicio de incongruencia omisiva y se confirma la anulación de las disposiciones adicionales 1ª y 2ª del Decreto 1/2007, de 18 de enero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Entrando en el examen de los motivos, el TS sostiene que los apartados A) y D) del motivo 2º no pueden acogerse porque plantean cuestiones nuevas, como la homologación automática del personal sanitario, que no pueden esgrimirse en casación. En cuanto al motivo de impugnación contenido en el apartado B) del motivo 2º, la memoria económica del "proceso de estatutarización" no aprecia aumento del gasto público ni trascendencia financiera para el equilibrio presupuestario, de modo que no se precisa el informe preceptivo al que se refiere la DF 2ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Finalmente, se analiza el apartado C) del motivo 2º y se señala que, valorando el proceso de estatutarización en el marco del cambio normativo que se ha producido en la regulación del personal sanitario, no cabe compartir la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que se imputan a dicho proceso. Añade el TS que tradicionalmente han coexistido regímenes jurídicos distintos para los profesionales sanitarios, y que la nueva categoría del personal estatutario participa en todos los servicios del Sistema Nacional de Salud en aras de homogeneizarlo.

“Carece también de fundamento la infracción de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución (CE) y de los artículos 4.b), 29.1.a) 30.1 y 31.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud que había sido reprochada en el motivo de impugnación (3) de la demanda y se vuelve a denunciar en el apartado (C) del segundo motivo de casación.

La razón de que así deba ser, reiterando algunos de los razonamientos que ya esta Sala hizo en su sentencia de 23 de diciembre de 2011 (Casación 2763/2009), es que, valorando el proceso de estatutarización en el marco del cambio normativo que se ha producido en la regulación del personal sanitario, no cabe compartir la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que se imputan a dicho proceso de estatutarización.

Y lo que como complemento de lo anterior debe significarse es lo siguiente:

1.- La pluralidad de regímenes jurídicos que han existido en nuestro ordenamiento jurídico para los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en las distintas Administraciones públicas, representados básicamente por los correspondientes al personal laboral, al personal funcionario y al tradicionalmente llamado personal estatutario.

Así lo reconoce la exposición de motivos de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que también recuerda que ese tradicional personal estatutario eran los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal que prestaban servicios en los centros e instituciones sanitarias de la seguridad Social.

2.- Las declaraciones que esa misma Exposición de Motivos de esa Ley 55/2003 realiza sobre la nueva significación que adquiere el también nuevo personal estatutario que en ella se regula; y de esas declaraciones es fácil advertir estas notas en la regulación dispuesta para este nuevo personal estatutario: (1) se trata de un personal llamado a realizar su cometido profesional en todos los servicios que componen el Sistema Nacional de Salud; (2) el régimen que para ellos se establece pretende dar respuesta a la necesidad, ya declarada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de que el personal de los servicios sanitario tenga una regulación diferenciada de las normas generales de los funcionarios públicos; y (c) esta regulación especial se dicta con el carácter de bases del régimen estatutario del personal de los servicios de salud al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª.

A lo que ha de añadirse estas otras prescripciones de dicha Ley 55/2003: la calificación de relación funcional especial que establece para este nuevo personal estatutario (artículo 1); y el propósito de homogeneizar a todo el personal de los centros, instituciones o servicios de salud ofreciendo a quienes sean personal laboral o funcionario la posibilidad de integrarse, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario (disposición adicional quinta).

3.- El proceso de estatutarización responde, pues, a ese propósito legal de homogeneizar con una regulación común a esa pluralidad de regímenes antes existentes, referidos todos ellos a distintas modalidades de empleados públicos que ya en su momento superaron, mediante convocatorias públicas, procedimientos selectivos para su ingreso.

Por tanto, la estatutarización resultante de esa homogeneización no puede calificarse de una forma indebida de acceso al empleo público en el que hayan sido obviados los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

2. Personal funcionario vs. Personal laboral.

La creación de puestos en las relaciones de puestos de trabajo, a proveer por personal laboral, ha de ser justificada y motivada con suficiencia, ya que la norma general es que los puestos de trabajo han de tener naturaleza estatutaria.

De acuerdo con la STS, Sec. 7ª, 14/6/2011, RC 94/2010, con carácter general, los puestos de trabajo de las Administraciones públicas, serán desempeñados por funcionarios públicos. No obstante esta regla general, se contiene una excepción al desempeño de puestos por funcionarios admitiendo que puedan desempeñarse por personal laboral los puestos que expresamente se recogen en el mismo, entre los que se encuentran los puestos de las áreas de servicios sociales y protección de menores. Sin

embargo, se exige una justificación para la excepción, precisamente esa falta de justificación y motivación en la configuración de las plazas como laborales, es lo que impide determinar si se encuentran realmente dentro de los supuestos en los que el legislador ha permitido a la Administración exceptuar su cobertura con funcionarios. La mera referencia a que el puesto de diplomado en enfermería se va a prestar en un centro de atención socioeducativa y los de educadores sociales en un centro de menores, no pueden considerarse como razones de entidad suficiente desde el punto de vista sustantivo -no formal-, para considerar que nos encontramos ante las excepciones permitidas por el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984. Hay, pues, una falta de concreción que impide conocer si los mismos estarían o no dentro de las excepciones en las que el mencionado precepto permite su cobertura por personal laboral. El control jurisdiccional de la potestad de organización de la Administración no está fuera del control habilitado para las potestades discrecionales.

“La excepción a la regla general de cobertura por funcionarios de los puestos de la Administración que se contiene en el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984 – así como en el artículo 12.2 de la Ley 6/1985- permite a la Administración optar por el personal laboral para cubrir los puestos que expresamente se recogen en el precepto. Ahora bien, esta opción que el legislador otorga, permite a la Administración dentro de la potestad de autoorganización decidir cubrir esos puestos con personal laboral en los casos expresamente previstos, pero el ejercicio de esa opción no exceptiona el principio general de motivación de la actuación administrativa prevista en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Como decíamos en nuestra Sentencia de 20 de julio de 2007 (recurso de Casación nº 9184/2004) -con cita de la de la 11 de Junio de 1991-, el control Jurisdiccional de la actuación Administrativa, consagrado en el artículo 106.1 de la Constitución, se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, y viene siendo aplicada por los Tribunales, a través de varias pautas entre las que se señala:

1.- El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad;

2.- La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquellos; y,

3.- El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución).

Por ello en el presente caso, deben comprobarse la validez sustantiva de las razones aportadas por la Administración.

En este sentido, la Sala de instancia entendió que la actuación administrativa no motivaba el carácter laboral de los puestos de trabajo, al no entender suficiente una referencia genérica a la reestructuración de la relación de puestos de trabajo con la creación de nuevos puestos, pues no existía referencia concreta a

cada puesto de trabajo, con las funciones propias atribuidas y la justificación de que, ante el requerimiento de conocimientos técnicos especializados, no existieran cuerpos de funcionarios con la preparación específica para su desempeño, o que, las funciones a realizar en los puestos destinados a personal laboral se circunscribieran a las propias de los servicios sociales o de protección de menores.

El anterior criterio debe ser compartido por esta Sala, toda vez que esa falta de justificación y motivación en la configuración de las plazas como laborales, es lo que impide determinar si los puestos que la Administración ha decidido cubrir mediante personal laboral se encuentran realmente dentro de los supuestos en los que el legislador ha permitido a la Administración exceptuar su cobertura con funcionarios, sin que la mera referencia a que el puesto de diplomado en enfermería se va a prestar en un centro de atención socioeducativa y los de educadores sociales en un centro de protección de menores, puedan considerarse como razones de entidad suficiente desde el punto de vista sustantivo -no formal-, para considerar que nos encontramos ante las excepciones permitidas por el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, ya que la falta de concreción de las funciones de los puestos impide conocer si los mismos estarían o no dentro de dichas excepciones en las que el mencionado precepto permite su cobertura con personal laboral”.

3. Nombramiento de Director General. No concurrencia de la excepción a la regla general de que debe recaer en personal funcionario. Lo relevante no son los méritos del nombrado sino las características objetivas de la Dirección General.

La STS, Sec. 7^a, 14/11/2011, RC 3246/2009 estima el recurso interpuesto por un Sindicato contra una sentencia de TSJ de Asturias que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra Decreto autonómico por el que se nombró Directora General de una Consejería del Principado de Asturias a quien no ostentaba la condición de funcionaria. La Sala, siguiendo lo ya dicho en un pronunciamiento anterior, estima el recurso. Para ello, tras reconocer la capacidad para autoorganizarse del Principado y la distinta regulación que disciplina los nombramientos de los Directores Generales en el ámbito autonómico y en el del Estado por cuanto, conteniendo ambos la regla general de que ha de recaer en funcionario, el precepto autonómico no relaciona expresamente la excepción a tal regla a un presupuesto objetivo como en la estatal, la Sala rechaza la interpretación que, de dicha distinta regulación, realiza la Sala de instancia, al entender que no se sostiene ni desde un punto de vista histórico, ni sistemático o finalista, y que tampoco resulta lógica al vaciar de contenido la salvedad contenida en la norma autonómica ya que admite para hacerla valer unas razones -la de que el nombrado posea los méritos suficientes- incoherentes con la excepcionalidad del supuesto, ya que los mismos deben concurrir en todo nombramiento. En consecuencia, considera que deben ser elementos objetivos vinculados a los cometidos propios de una Dirección General de los que debe servirse la Administración autonómica para aplicar la excepción.

“La Unión de Sindicatos Independientes del Principado de Asturias (USIPA-CISA) impugnó el Decreto 116/2007, de 7 de agosto, de la Consejería de

Presidencia, Justicia e Igualdad del Principado de Asturias por el que se nombró Directora General de Seguridad Pública. USIPA-CISA alegó en su recurso que dicho nombramiento infringía los artículos 10.5 de la Ley 8/1991, de 30 de julio, de organización de la Administración del Principado de Asturias, y 6.10 y 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ya que la nombrada carecía de la condición de funcionaria.

(...) Es indiscutible que la Comunidad Autónoma posee capacidad para autoorganizarse y que, al ejercerla, no tiene por qué seguir las mismas pautas ni llegar a las mismas soluciones que la Administración General del Estado. Por otro lado, es también evidente que no dicen lo mismo el indicado precepto asturiano y el artículo 18.2 de la Ley 6/1997. Este último ha sentado el criterio de que los Directores Generales han de ser nombrados entre funcionarios de carrera salvo que, en atención a las características específicas de la Dirección General de que se trate, disponga lo contrario el Real Decreto que establezca la estructura del departamento ministerial. Salvedad cuya utilización ha sido controlada por esta Sala en las sentencias invocadas por USIPA-CISA y, también, en las posteriores de 11 de noviembre de 2010 (recurso 488/2009), 28 de septiembre de 2010 (recurso 49/2008), 3 de septiembre de 2010 (recurso 528/2008), las dos de 21 de enero de 2009 (recursos 237 y 238/2006), 12 de diciembre de 2008 (recurso 22/2006) y 2 de julio de 2008 (recurso 81/2005). Y cabe decir que ninguna duda hay de la naturaleza objetiva del criterio que ha fijado el legislador estatal para que pueda hacerse uso de esa excepción.

El texto asturiano, anterior a la Ley 6/1997, difiere de ésta, además de en el carácter libre del nombramiento, en que no relaciona expresamente la excepción con un presupuesto objetivo. Solamente habla de "supuestos individualmente considerados". En esa diferencia ha visto la sentencia apoyo suficiente al proceder de la Administración asturiana y se trata de saber si es contrario a los criterios que han de guiar la interpretación de las normas en esta concreta materia la que ha dado al precepto la Sala de Oviedo. En otras palabras, si de los principios que sienta el artículo 103 de la Constitución y de los principios generales que enuncia el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en especial el de la objetividad en el servicio a los intereses generales, se deducen elementos en virtud de los cuales el texto asturiano debe entenderse en el sentido de que no han de ser las circunstancias concurrentes en una persona determinada las que justifiquen el nombramiento como Director General de quien no es funcionario sino que será la naturaleza de ese cargo, por el contenido que le es propio, el determinante para nombrar para el mismo a quien no es funcionario. En definitiva, si es de carácter objetivo, también, la causa que permite aplicar la excepción.

En este punto, han de tenerse en cuenta dos datos esenciales. El primero es el que refleja la línea seguida por nuestro Derecho Público bajo el imperio de la Constitución de 1978 dirigida a someter cada vez más intensamente a Derecho la actuación administrativa y a limitar y controlar con la mayor profundidad posible la que se sirve de potestades discrecionales. El segundo, ya en el plano de la organización, es el que muestra la evolución decidida hacia su profesionalización, entendiéndose por tal, entre otros extremos, el desempeño de los centros directivos y cargos similares por funcionarios de carrera. En tal contexto, definido normativamente por los preceptos invocados por USIPA-

CISA y por las consecuencias derivadas de los artículos 9.3, 24.1 y 106.1 de la Constitución, así como por el contexto que ofrece la legislación estatal, no puede considerarse correcta la interpretación realizada por la sentencia desde un punto de vista sistemático, finalista e histórico. Y tampoco responde a la lógica porque no es concebible que se pretenda nombrar para ningún cargo público y menos para los de esta importancia a quienes no posean los méritos suficientes para desempeñarlos, sean funcionarios o no. De ahí que la tesis asumida por la sentencia, en realidad, vacíe de contenido la salvedad prevista en el artículo 10.5 de la Ley 8/1991, ya que admite para hacerla valer unas razones incoherentes --por ser comunes a todo nombramiento-- con la excepcionalidad del supuesto.

Así, pues, han de ser elementos objetivos vinculados a los cometidos propios de una determinada Dirección General o Regional los que debe estimar el Consejo de Gobierno en los casos concretos en que lo considere necesario, para desde ellos servirse de la excepción prevista por el legislador y no la contraria de apoyarse en los méritos de una determinada persona que no es funcionario para nombrarla. Esta es la solución coherente con los intereses públicos a los que con objetividad sirve la Administración y debe llevar, por tanto, como hemos anticipado, a acoger el motivo de casación, anular la sentencia y, de acuerdo con el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, estimar el recurso contencioso-administrativo y anular el Decreto impugnado”.

4. Carácter circunstancial y temporal de la relación de servicios de los funcionarios interinos.

STS, Sec. 7ª, 29/10/2010, RC 4575/2007. El TS confirma una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra determinados preceptos de la Orden JUS/2296/2005, de 12 de julio, sobre selección, propuesta y nombramiento de funcionarios interinos para cubrir puestos de funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia. Tras rechazar el alegato de incongruencia omisiva, se señala que la regulación de la figura del funcionario interino pone de manifiesto que su relación de servicios se caracteriza por ser circunstancial y temporal, en tanto que la relación de servicios que vincula al funcionario de carrera con la Administración tiene carácter permanente. A este respecto, el funcionario interino ha de reunir los requisitos de capacidad que en cada momento resulten necesarios para el desempeño de los puestos cuya atención resulta conveniente en razón de esas circunstancias de urgencia y necesidad y, además, sus derechos se mantienen en tanto subsisten las circunstancias que determinaron su nombramiento. Por el contrario, el carácter permanente que caracteriza al funcionario de carrera hace que los cambios que se introduzcan en su estatuto impongan como necesarias unas modulaciones o excepciones que, para aquellos que ingresaron con unos requisitos diferentes a los nuevamente exigidos, hagan posible esa continuidad o permanencia que por imperativo legal caracteriza su relación de servicios.

“Empezando por lo primero, debe decirse que la lectura de la regulación del funcionario interino que se contenía en el artículo 104 de la Ley articulada de

Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y actualmente se incluye en el artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) pone de manifiesto que su relación de servicios se caracteriza por ser circunstancial y temporal; esto es, por estar condicionada por la existencia de unas circunstancias de necesidad y urgencia (en relación con lo que son los medios personales que encarnan los funcionarios de carrera) que justifiquen su nombramiento, y por mantenerse dicha relación de interinidad sólo el tiempo en que se mantengan esas circunstancias.

Y en cuanto al funcionario de carrera, ha de resaltarse que presenta una principal diferencia frente al interino, constituida por el carácter permanente de la relación de servicios que le vincula con la Administración (artículo 9.1 del Estatuto Básico del Empleado Público).

Las notas diferenciales que acaban de exponerse son las que impiden compartir la tesis mantenida por el recurso sobre esas cuestiones sustantivas de las que se viene hablando, y así debe ser por lo siguiente: (a) el funcionario interino ha de reunir los requisitos de capacidad que en cada momento resulten necesarios para el desempeño de los puestos cuya atención resulta conveniente en razón de esas circunstancias de urgencia y necesidad y, además, sus derechos duran, como ya se ha dicho, en tanto subsisten esas circunstancias que determinan su nombramiento; y (b) por el contrario, el carácter permanente que caracteriza al funcionario de carrera hace que los cambios que se introduzcan en su estatuto impongan como necesarias unas modulaciones o excepciones que, para aquellos que ingresaron con unos requisitos diferentes a los nuevamente exigidos, hagan posible esa continuidad o permanencia que por imperativo legal caracteriza a su vínculo de servicios”.

5. Puestos de trabajo de régimen laboral. Su posibilidad es una excepción que debe ser interpretada restrictivamente.

STS, Sec. 7ª, 13/5/2009, RC 562/2005. Se impugna un Catálogo de Puestos de Trabajo respecto de determinados puestos que la Administración configura y determina que serán ocupados por personal laboral. El TS entiende que el art. 15.1.c) de la Ley 30/1984 claramente señala que por lo que hace a los puestos de trabajo de la Administración la regla general es el estatuto funcionarial y lo excepcional el régimen laboral. Así, las notas que justifican la ocupación por personal laboral son: la temporalidad del puesto; su contenido coincidente con actividades propias de oficios o profesiones existentes en el sector privado, lo que equivale a señalar que se trata de puestos que no difieren en nada con los que puedan existir en dicho sector; su carácter instrumental en todo lo relativo a edificios y demás medios materiales de la Administración; o su carácter siempre secundario, auxiliar o de mera colaboración cuando tengan asignadas funciones administrativas. En el caso presente entiende que tratándose de funciones directivas o de organización dentro de la Administración, el estatuto funcionarial, por la mayor inamovilidad y estabilidad que comporta para el empleado público, es el que mejor garantiza el principio de objetividad (artículo 103 de la Constitución) que debe presidir cualquier función de dirección administrativa.

“TERCERO.- No es de compartir esa argumentación que es desarrollada en la actual casación para sostener la infracción del artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984 que se reprocha a la sentencia recurrida, por todo lo que se explica a continuación.

Lo primero a destacar es que la literalidad de ese precepto legal claramente señala que, por lo que hace a los puestos de trabajo de la Administración, la regla general es el estatuto funcionarial y lo excepcional el régimen laboral; y esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran.

Lo segundo que debe subrayarse es que, en caso de duda, habrá de efectuarse una interpretación que tenga en cuenta cuáles son las notas fundamentales que se toman en consideración en el conjunto de esos casos que directamente son enumerados en el tan repetido precepto como hábiles para encarnar la excepción. Y estas notas son algunas de las siguientes: la temporalidad del puesto; su contenido coincidente con actividades propias de oficios o profesiones existentes en el sector privado, lo que equivale a señalar que se trata de puestos que no difieren en nada con los que puedan existir en dicho sector; su carácter instrumental en todo lo relativo a edificios y demás medios materiales de la Administración; o su carácter siempre secundario, auxiliar o de mera colaboración cuando tengan asignadas funciones administrativas.

Y lo tercero a tener en cuenta es que, tratándose de funciones directivas o de organización dentro de la Administración, el estatuto funcionarial, por la mayor inamovilidad y estabilidad que comporta para el empleado público, es el que mejor garantiza el principio de objetividad (artículo 103 de la Constitución) que debe presidir cualquier función de dirección administrativa.

Los puestos aquí litigiosos son Jefaturas de determinadas áreas administrativas, lo cual significa estas dos cosas: que no es de apreciar en ellos ninguna de esas notas que antes se señalaron como caracterizadoras de las excepciones en que legalmente se permite el régimen laboral; y, además, encarnan unos cometidos de dirección administrativa en los que resulta muy conveniente la mayor garantía de objetividad que significa el estatuto funcionarial”.

6. Personal transferido a las Comunidades Autónomas.

STS, Sec. 7ª, 18/2/2009, RCA 210/2004. La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. La Sala considera que la exclusión del recurrente de la relación de personal funcionario a transferir a la citada Comunidad Autónoma no resulta arbitraria, pues no figuraba adscrito a los servicios estatales transferidos, sin que se aprecie que se haya dado un trato diferente a personas que se encontraban en situación idéntica al demandante. Como fundamento de lo anterior, cita la Sala sentencias anteriores en las que se dictaminó que los traspasos a las Comunidades Autónomas son un hecho excepcional, exponente del proceso autonómico, caracterizado por la constitución y comienzo de funcionamiento de las nuevas Administraciones autonómicas y por la correlativa y simultánea reestructuración de la Administración General del Estado, siendo sus principios rectores el de la

utilización racional del funcionariado existente y el de eficacia administrativa, al objeto de evitar que las transferencias perturben el normal funcionamiento de los servicios objeto de traspaso. Por último, se señala que no existe un derecho subjetivo de los funcionarios a ser traspasados, sin perjuicio de que ese traspaso deberá respetar las exigencias inherentes al principio constitucional de igualdad.

“CUARTO.- En relación con todo lo anterior, es de reiterar lo que esta Sala ya tiene declarado (sentencias de 22 de julio de 2004 -Recurso 413/2000-, 13 de marzo 2006 -Recurso 37/2004-, 24 de enero de 2007 -Recurso 160/2003- y 30 de mayo de 2007 -recurso 87/2003-) sobre la significación que corresponde a los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios desde la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas.

En ellas se ha dicho que formalizan el tránsito hacia el nuevo modelo organización territorial del Estado establecido en el título VIII de la Constitución -CE- y constituyen por ello un hecho excepcional. Y que son un exponente del proceso autonómico, caracterizado por la constitución y comienzo de funcionamiento de las nuevas Administraciones autonómicas y por la correlativa y simultánea reestructuración de la Administración General del Estado.

Se ha declarado así mismo que en ese proceso rige como principio básico la utilización racional del funcionariado existente (según declaró la STC 76/1983, de 5 de agosto, en su fundamento cuadragésimosegundo).

Que también ha de estar presente el principio de eficacia administrativa (artículo 103), cuya traducción en esta materia será evitar en la mayor medida posible que el mecanismo de transferencias ocasione perturbaciones en el normal funcionamiento de los servicios que sean objeto de traspaso.

Y que así lo viene a establecer el artículo 22.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, cuando dispone que la reestructuración de la Administración del Estado que resulte del proceso autonómico se hará "observando los principios constitucionales de eficacia, desconcentración, coordinación y eficacia del gasto público".

Se ha subrayado igualmente, como resumen de lo anterior, que el traspaso de un funcionario estatal a una Comunidad Autónoma es una actuación incardinada en el proceso autonómico, cuyo concreto hecho habilitante es que el funcionario afectado figure adscrito a los órganos estatales cuyos servicios son transferidos y resulte necesario para el funcionamiento de esos servicios que son transferidos; que se trata por esta razón de una actuación excepcional y de carácter forzoso para dicho funcionario, pero que no altera los aspectos básicos de su estatuto profesional; y que, en razón de esa finalidad objetiva que lo determina, no existe un derecho subjetivo a ser traspasado, sin perjuicio de que ese traspaso deberá respetar las exigencias inherentes al principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE).

Y también se ha destacado que el funcionario que permanece en la Administración estatal mantiene inalterado su régimen estatutario y, dentro de este, tiene reconocida la movilidad para poder ocupar puestos de trabajo de las

Comunidades Autónomas (artículo 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública -LMRFP-)”.

II. DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

1. Relaciones de puestos de trabajo

1.1. Naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo y su tratamiento en la jurisprudencia de la Sala. Participan de la naturaleza propia de las "disposiciones de carácter general".

STS, Sec. 7ª, 4/7/2012, RC 1984/2010. La Sala inadmite una cuestión de ilegalidad al entender que no pueden plantearse cuestiones de Ilegalidad en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo, al no ser una disposición de carácter general. El voto particular destaca que, a su juicio las RPT no son normas sino actos de autoorganización pero si en el proceso de instancia fue considerada como disposición general, a efectos de su impugnación indirecta, se niegue esa equiparación para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad, que es efecto legal obligado de la consideración previa de la equiparación de la RPT con una disposición general a efecto de su impugnación indirecta.

“Nuestra jurisprudencia ha entendido que las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las "disposiciones de carácter general", existiendo una doctrina consolidada reconociendo que las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades organizativas, tienen "naturaleza normativa", atendido su carácter ordinamental y las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado pero carentes de contenido normativo (STS de 13 febrero 2001, Rec. de Casac. nº 840/2000, 20 de febrero de 2001, Rec. de Casac nº 1040/2000, que se remite a las sentencias de 3 de marzo y 25 de abril , 13 y 28 de mayo 1996, 4 de junio de 1996 ó 3 de octubre de 2000).

Por otro lado, están las sentencias que han considerado que cuando hemos establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo lo ha sido como una mera "fictio iuris" para justificar que, pese a merecer la calificación de cuestiones de personal, sin embargo se hayan considerado recurribles en casación las sentencias pronunciadas sobre las mismas, dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos (por todas, STS de 26 de mayo de 1998 Rec. de Casac. nº 4122/95; 28 de mayo 1996 Rec. de Casac. nº 6453/1991 y 3 de marzo 1995 Rec. de Casac. nº 4658/1991).

Ha de tenerse presente que la jurisprudencia que atribuye a las relaciones de puestos de trabajo la consideración de reglamentos ha encontrado reflejo, no sólo a efectos puramente procesales de considerar recurribles en casación las sentencias de instancia en la que se enjuicien las relaciones de puestos de

trabajo, sino también para permitir la impugnación de determinaciones de la RPT con ocasión de los recursos dirigidos contra actos singulares de aplicación conforme al art. 26 LJCA -impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general (STS 19 de junio de 2007 Rec. de Casac. nº 182/2005; 7 de marzo 2005 Rec. de Casac 4246/99; y 1 de marzo de 2004 Rec. de Casac. nº 9874/98).

Y nuestra más reciente jurisprudencia se ha centrado en evaluar el concreto contenido del acto para ver si el mismo desborda el propio de los actos generales y se adentra en lo que corresponde a las regulaciones abstractas y permanentes (STS 09/07/2008 rec. 53/2006) y de ahí la necesidad de comprobar si por su contenido añadido se justifica que se le asigne esa naturaleza reglamentaria (STS 12 de noviembre de 2008 rec. 10749/2004). En estos casos quedaría justificada la atribución a las RPTs de la naturaleza de normas.

Tal y como hemos señalado en la sentencia de 7 de junio 2001 (Rec. de Casac nº 2709/1997), la naturaleza de disposición de carácter general o acto administrativo no viene determinada simplemente por una diferencia cuantitativa, destinatarios generales o indeterminados para el reglamento y determinados para el acto administrativo, sino que la diferencia sustancial entre disposición de carácter general y acto administrativo es una diferencia de grado, o dicho de otro modo, la diferencia está en que el reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente y así se admite pacíficamente la figura de los actos administrativos generales que tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos ("actos plúrimos"). Por tanto, los actos administrativos carecen de esa finalidad normativa pues no contienen una regulación con voluntad de permanencia (criterio de la consunción), teniendo una misión ejecutiva e instrumental y no innovan el ordenamiento jurídico preexistente (criterio ordinamentalista)."

El debate suscitado en el proceso a quo sobre la posibilidad de planteamiento de Cuestión de Ilegalidad respecto a las Relaciones de Puestos de Trabajo es nuevo en realidad en la jurisprudencia, en la que no se encuentran pronunciamientos terminantes al respecto.

Así la asimilación de las Relaciones de Puestos de Trabajo a las disposiciones de carácter general se verifica a los solos efectos jurídico procesales de admitir contra los acuerdos que las aprueban el recurso de casación, aun consistiendo en cuestiones de personal.

Pero tales efectos limitados no alcanzan a su igualación absoluta con los reglamentos u otras disposiciones de carácter general.

En el análisis jurisprudencial de la cuestión planteada en los presentes autos debemos destacar como hito de partida la Sentencia de fecha 19 de junio de 2006, dictada en el Rec. de Casac. nº 8200/2000, que declaró que:

«(...)el procedimiento de la cuestión de ilegalidad tiene como único objetivo la depuración del ordenamiento jurídico y supone la habilitación de un cauce para que el órgano jurisdiccional que tiene la competencia para ello pueda eliminar del ordenamiento aquellas disposiciones reglamentarias que resulten contrarias a derecho, pero sin afectar a las situaciones jurídicas individualizadas

reconocidas en la sentencia recaída en el proceso en el que suscitó la procedencia de plantear la cuestión.

Siendo esa la finalidad de la cuestión de ilegalidad, cabría cuestionar la virtualidad de este procedimiento especial cuando, como aquí sucede, no viene referido a una disposición reglamentaria sino a la determinación contenida en una Relación de Puestos de Trabajo y referente al nivel de complemento asignado a un concreto puesto de trabajo, pues falta aquí la nota de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias. De este modo, si la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no ha de afectar a la situación jurídica derivada de la sentencia dictada por el Juzgado que planteó la cuestión (que fue luego confirmada en apelación) cabe preguntarse qué sentido tiene entonces el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

No profundizaremos más en estas consideraciones pues en los escritos de alegaciones que dirigieron a la Sala de Zaragoza ninguna de las partes allí personadas impugnó la admisibilidad de la cuestión de ilegalidad; y la cuestión tampoco ha sido abordada en el recurso de casación. Nos limitaremos a dejar apuntado que el planteamiento y admisión de la cuestión de ilegalidad en el caso que nos ocupa quizá obedezca a una interpretación extensiva y no enteramente adecuada de la jurisprudencia relativa a la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo, pues la asimilación de éstas a las disposiciones de carácter general viene siendo matizada por esta Sala en el sentido de que tal asimilación se hace a efectos de permitir el acceso a la casación, que de otro modo estaría vedado por tratarse de una cuestión de personal -SsTS de 4 de febrero de 2002 (casación 225/99) y 19 de diciembre de 2003 (casación 4930/98); pero sin que ello suponga equiparar sin más las relaciones de puestos de trabajo a los reglamentos, pues tal equiparación da lugar a resultados disfuncionales como el aquí estamos contemplando.».

Pronunciamiento que reiteramos en la Sentencia de fecha 4 de julio de 2006, dictada en el Rec. de Casac. nº 3422/2001.

La Sentencia de instancia valoró la declaración contenida en nuestra Sentencia de fecha 19 de junio de 2006, como mero “obiter dicta”. Por nuestra parte debemos afirmar, en contra, que aunque ciertamente no constituye el párrafo de la misma al que la sentencia recurrida se refiere la auténtica “ratio decidendi”, la reflexión que en dicho pasaje se contiene tiene mucha mayor enjundia doctrinal que la que la sentencia recurrida le otorga, definiendo con claridad los términos del problema al que apunta, que sin embargo no resuelve porque la cuestión no se había planteado ni en la instancia ni en la casación.

Como quiera que en el caso actual tal cuestión sí se ha plantado tanto en la instancia como en la casación, en ésta como único motivo de la misma, la cuestión que la referida sentencia no resolvió pero a la que definió con absoluta claridad, debe resolverse en esta casación; pero partiendo en ella precisamente de la propia definición de la misma en la sentencia precitada.

En realidad en ella, aunque fuera de modo implícito era discernible una toma de postura en el sentido de que la equiparación de la RRPPT a disposiciones reglamentarias no era admisible a los efectos de que las mismas pudieran ser objeto de una Cuestión de Ilegalidad, y de que la asimilación lo era a los efectos de la apertura de la casación respecto de las sentencias dictadas sobre impugnación de las mismas.

Pero la extensión de esa asimilación a los efectos de poder hacer de las RRPPT objeto de una Cuestión de Ilegalidad es algo diferente; y es precisamente de lo que aquí se trata, debiendo por tanto centrar la solución en la real identidad de dicha RRPPT según la jurisprudencia.

Por último, debemos de indicar que la Sentencia de fecha 20 de mayo de 2009, dictada en el Rec. de Casac. nº 2277/2005, que cita la parte recurrida en apoyo de su pretensión, tenía por objeto una impugnación directa contra una RPT, y se centra en el carácter normativo de las RPT a los solos efectos procesales, por lo que no aporta la clave para resolver la cuestión planteada, y se enmarca dentro de las líneas de la jurisprudencia que hemos citado mas arriba.

Todo lo expuesto conduce a estimar el motivo de casación, ya que no puede plantearse Cuestiones de Ilegalidad en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo, al no ser una disposición de carácter general, y por tanto la Sala de instancia debió proceder a declarar la inadmisión de la misma”.

1.2. Motivación en las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo. Puestos de policía local: régimen de turnos.

STS, Sec. 7ª, 11/6/2012, RC 3553/2011. La Sala declara haber lugar al recurso del Ayuntamiento de Santurce, anula la sentencia de instancia que había estimado el recurso del interesado contra la RPT del año 2008 y desestima el recurso contencioso administrativo de aquel. La Sala afirma que el recurrente en la instancia goza de capacidad procesal y de legitimación para impugnar el acuerdo municipal sobre la Relación de Puestos de Trabajo en lo que respecta al que desempeñaba y, en particular, al régimen de turnos en ella previsto para él. Declara que la sentencia de instancia no sólo no es congruente, sino que, por descansar en premisas equivocadas, aplica indebidamente el artículo 54 de la Ley 30/1992 pues exige una motivación que no era necesaria ya que el Ayuntamiento no estaba cambiando en la Relación de Puestos de Trabajo impugnada el régimen de dedicación del puesto del recurrente, sino manteniendo el que se estableció en 2007 y se justificó entonces, tal como acredita el Ayuntamiento. No cabe hablar, por tanto, de mayor penosidad en su desempeño, ni de la inadecuación del complemento específico ya que se acredita la permanencia en el mismo régimen de jornada.

“En cambio, el tercer motivo debe prosperar porque, efectivamente, en la instancia la corporación municipal, ya en sus alegaciones previas y, luego, en la contestación a la demanda y en conclusiones, adujo la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo aprobada el 27 de junio de 2007 y publicada en el Boletín Oficial de Vizcaya del 14 de junio, de la que aportó copia. Modificación que supuso, en lo que ahora importa, la asignación al puesto de trabajo del Sr. Alonso Posada y a otros del Cuerpo de Policía Local, de un régimen de turnos según calendario específico. El acuerdo de 27 de junio de 2007 se expresaba así al respecto:

"c) Suprimir las referencias al número de turnos asignados a los puestos del Cuerpo de Policía Local, manteniendo el régimen de turnicidad en los puestos

que lo tengan asignado, sin perjuicio de las características concretas de dicho régimen según el calendario específico".

Y, como se ha visto antes, ofrecía una motivación al respecto.

La sentencia no sólo guarda silencio sobre estas alegaciones y sobre los documentos que las acompañaban sino que hace afirmaciones que se contradicen frontalmente con lo que resulta con absoluta claridad de ellos. Y ninguna duda hay, lo reconoce también el recurrido, de que la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Santurce aunque fuera la de 2004, se modificó en 2007, cambiando, precisamente, el régimen de turnos existente con anterioridad por el que queda subordinado a calendario específico. Es decir, al mismo que mantiene la Relación de Puestos de Trabajo impugnada. Por tanto, la sentencia no sólo no es congruente, sino que, por descansar en premisas equivocadas, aplica indebidamente el artículo 54 de la Ley 30/1992 pues exige una motivación que no era necesaria ya que el Ayuntamiento no estaba cambiando en la Relación de Puestos de Trabajo impugnada el régimen de dedicación del puesto del recurrente, sino manteniendo el que se estableció en 2007 y se justificó entonces, tal como acredita el Ayuntamiento y no niega el Sr. Posada Alonso. Por lo demás, tampoco ha probado el actor en la instancia que sus turnos de trabajo hayan experimentado alteración alguna ni que el calendario al que está sometido no siga siendo el mismo: horario de mañana y tarde, tal como sostiene el Ayuntamiento. No cabe hablar, por tanto, de mayor penosidad en su desempeño, ni de la inadecuación del complemento específico".

1.3. Anulación de Orden de modificación de una Relación de Puestos de Trabajo. Reserva de puestos a personal interino. Ausencia de negociación colectiva pese a que contenía nuevos puestos de trabajo. Incidencia en condiciones de trabajo de funcionarios.

STS, Sec. 7ª, 6/6/2012, RC 4691/2009. La Sala desestima el recurso de casación promovido por una Administración autonómica contra sentencia de TSJ que anuló una Orden por la que se modificaba la Relación de puestos de trabajo de un organismo autónomo ya que, por un lado, creo plazas que iban a ser cubiertas siempre por personal interino y, por otro, porque, pese a que suponía la creación de varios nuevos puestos de trabajo, no se procedió a dar trámite de negociación colectiva ni se requirió informe a la Comisión de Personal. La Sala desestima la incongruencia alegada en el primer motivo ya que, además de no haberse invocado el artículo 24 de la Constitución en el escrito de preparación, el motivo se ampara incorrectamente al amparo de la letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional. Desestima el segundo motivo por cuanto la normativa que cita en su sustento no fue anunciada en el escrito de preparación si bien confirma el razonamiento de la sentencia recurrida, puesto que, con independencia de lo incierto de su financiación, la Administración creó plazas con carácter permanente, dando lugar a una figura intermedia entre el funcionario de carrera y el interino. Por último, en cuanto al tercer motivo también se destaca su defectuosa preparación al haber omitido el juicio de relevancia, sin perjuicio de lo cual comparte el criterio de la Sala de instancia dado que, al crear nuevos puestos de trabajo, incidía en las condiciones de trabajo de los funcionarios y, por ello, debió haber sido objeto de negociación.

“Partiendo de esas consideraciones, como hace la Sentencia de instancia, hemos de concluir, como se desprende de los folios 65 y 66 del expediente administrativo, que la Relación de Puestos de Trabajo impugnada recoge la creación de doce nuevos puestos de trabajo, por lo que indudablemente afecta a las condiciones de trabajo, al detallar todos los aspectos que tales relaciones deben contener, incluyendo la forma de provisión a través de concurso.

El hecho de que la Orden impugnada indique en su preámbulo que la cobertura de los puestos se excluye de los procedimientos ordinarios de provisión y “se efectuará exclusivamente por personal interino”, por su condición de financiación externa, ciertamente entra en contradicción con la forma de provisión especificada en relación con cada uno de los doce puestos, que es el concurso. Ahora bien, lo que resulta definitivo para que la Sala aragonesa estime el recurso y declare la nulidad de la relación de puestos de trabajo controvertida, es la ausencia de negociación colectiva. Y en este sentido la aplicación de la doctrina precedente al caso examinado conduce a rechazar el recurso de casación que venimos analizando, pues, como correctamente afirma la sentencia impugnada, afectando la relación de puestos de trabajo recurrida a las condiciones de trabajo, la negociación colectiva a través del instrumento idóneo, cual es la Mesa de negociación -que se omitió y no es sustituible por la petición de informes a las Organizaciones sindicales, como pretende la Administración actora-, es procedente y obligatoria, y su ausencia equivale a la omisión de un esencial trámite procedimental, incardinable en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92.

Tampoco puede acogerse el argumento que sostiene la recurrente acerca de que “la mera creación de puestos de trabajo no constituye per se una modificación sustancial [sino que] responde simplemente a la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma”; y ello, porque, aun cuando las plazas pretendan establecerse como consecuencia del ejercicio por la Administración de sus potestades de organización, afectan claramente a aquellas materias que por expresa disposición legal (hoy contenida en el artículo 37.1 del EBEP) deben ser objeto de preceptiva negociación (en el mismo sentido, sentencias de esta misma Sala y Sección de 7 de mayo de 2010 –casación 3492/2007- F.D.3º y 2 de diciembre de 2010 –casación 3717/2009- F.D. 4º y 5º). Se impone por todo lo expuesto la desestimación del presente recurso de casación”.

1.4. Relación de Puestos de Trabajo del personal eventual. Innecesariedad de que en la misma figure necesariamente una referencia a los requisitos, características esenciales y a la totalidad de las retribuciones de los puestos de trabajo en ella relacionados.

STS, Sec. 7ª, 22/11/2011, RC 5359/2009. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra sentencia del TSJ que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por un Sindicato contra la resolución que dio publicidad a la relación de puestos de trabajo del personal eventual de dicha Administración. La Sala, estima el primer y tercer motivos del recurso con base en los razonamientos efectuados en una sentencia anterior en los que, sintéticamente, la Sala consideró que no resultaba exigible que, en las relaciones de puestos de trabajo de dicho personal eventual, figure necesariamente una referencia a

los requisitos, características esenciales y a la totalidad de sus retribuciones. En lógica consecuencia, estima igualmente el motivo segundo del recurso ya que entiende que el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la sentencia recurrida se ciñe exclusivamente a una serie de puestos de trabajo sobre la base del incumplimiento de determinadas formalidades exigibles en la confección de la relación de puestos de trabajo si bien, habiéndose descartado en los motivos anteriores tal obligatoriedad, la Sala concluye negando que tal relación tuviera que contener el contenido funcional de los puestos anulados.

“Como lógica consecuencia de lo anterior, el segundo motivo de casación también debe ser estimado puesto que, a pesar de que la sentencia de instancia no es suficientemente clara en su parte dispositiva, se debe entender que su pronunciamiento parcialmente estimatorio únicamente lo es en lo que respecta a determinados puestos de trabajo del personal eventual – en concreto, los de Director del Museo de la Ciencia y de la Técnica de Cataluña; Director del Museo de Historia de Cataluña; Director de la Casa de las Lenguas y Director del Centro de Mediación Familiar de Cataluña – sobre la base de que, a juicio de la Sala de instancia, la Relación de Puestos de Trabajo recurrida no cumplía con las formalidades que le eran exigibles, no apreciando que para dichos puestos apareciera justificada ni la confianza ni el asesoramiento que, tratándose de personal eventual, les era exigible. Pues bien, por lo dicho anteriormente, no siendo preciso que la referida Relación incluyera ni especificara el concreto contenido funcional de los citados puestos y siendo ésta la única razón que, al parecer, tuvo en cuenta la sentencia recurrida para entender que se trataba de puestos que debían ser reservados a funcionarios, es por lo que también procede estimar este segundo motivo de casación”.

1.5. Las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos municipales son instrumentos distintos, aunque necesariamente vinculados. La Plantilla Orgánica no es sino la aprobación de una partida de los mismos presupuestos.

STS, Sec. 7ª, 30/6/2011, RC 5133/2009. Precisa la Sala que las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos municipales son instrumentos distintos, aunque necesariamente vinculados. La relación de puestos de trabajo (cuya previsión para las Entidades Locales estaba en el artículo 16 de la Ley 30/1984) vincula necesariamente el contenido de los presupuestos municipales, de tal suerte que no son válidos unos presupuestos contra la relación de puestos de trabajo, ello no significa que los Presupuestos puedan ser configurados como disposiciones de mera ejecución de las previsiones contenidas en las Relaciones de Puestos de Trabajo ya que resulta perfectamente posible que dichas Relaciones no queden ejecutadas en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente por diferentes motivos y circunstancias. Entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra la imposibilidad legal de aplicarlas íntegramente en atención a la limitación que pueda fijarse legalmente para cada ejercicio presupuestario. Por eso, la Plantilla Orgánica que figura en los presupuestos municipales, no es sino la aprobación de una partida de los mismos presupuestos, que podrá incluir un número de funcionarios menor que el establecido en la Relación de Puestos de Trabajo.

“Por otro lado, se ha de insistir en el hecho de que las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Presupuestos municipales son instrumentos distintos, aunque necesariamente vinculados y, en este sentido, si bien es cierto que esta Sala, en sentencia de 7 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 533/2003) ha señalado que “De todos esos apartados se desprende que la relación de puestos de trabajo (cuya previsión para las Entidades Locales estaba en el artículo 16 de la Ley 30/1984) vincula necesariamente el contenido de los presupuestos municipales, de tal suerte que no son válidos unos presupuestos contra la RPT, ni pueden estos crear, modificar o suprimir plazas previstas en la misma, salvo la excepción temporal antes citada”, ello no significa que, tal y como ya se dijo en el recurso de casación nº 6756/2009, los Presupuestos puedan ser configurados como disposiciones de mera ejecución de las previsiones contenidas en las Relaciones de Puestos de Trabajo ya que resulta perfectamente posible que dichas Relaciones no queden ejecutadas en su totalidad en el ejercicio presupuestario correspondiente por diferentes motivos y circunstancias, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra la imposibilidad legal de aplicarlas íntegramente en atención a la limitación que pueda fijarse legalmente para cada ejercicio presupuestario, tal y como impone el artículo 21.8 en los casos en que no haya sido posible la adecuación de sus cláusulas. En este sentido, ya dijimos en sentencia de 20 de octubre de 2008 (recurso de casación nº 6078/2004) que “En definitiva la aprobación de la Plantilla Orgánica no es sino la aprobación de una partida de los presupuestos, que podrá prever un número de funcionarios menor que el establecido en la Relación de Puestos de Trabajo (al existir por ejemplo vacantes que por motivos presupuestarios se decida no cubrir) pero que no puede contradecir en el contenido, naturaleza y número máximo de plazas, a las previsiones previstas en la Relación de Puestos de Trabajo” así como en sentencia de 1 de junio de 2009 (recurso de casación nº 2824/2006) que, siguiendo lo ya señalado en la sentencia anterior, estableció que “Por lo que se refiere al segundo motivo, hemos de decir que no podemos apreciar la infracción de los preceptos que invoca UGT ya que, aún en el supuesto de que los acuerdos y el convenio mencionados estuvieran en vigor en cuanto se refiere al catálogo de puestos de trabajo, eso no obliga al Ayuntamiento a dotarlos todos en los presupuestos e incluirlos en la plantilla, tal como dice la sentencia de 20 de octubre de 2008 (casación 6078/2004)””.

1.6. Modificación sustancial de determinados puestos de trabajo. Asignación nominal a funcionarios sin seguir procedimiento alguno para provisión. Nulidad. Vulneración de principios de mérito y capacidad.

STS, Sec. 7ª, 2/2/2011, RC 210/2008. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra Acuerdo de su Junta de Gobierno por el que se modifica la organización del Área de Servicios Sociales así como las funciones y el complemento específico y de destino de distintos puestos de trabajo, dejando sin efecto la adjudicación de determinados puestos recurridos por no haber seguido procedimiento de provisión alguno. La Sala confirma la sentencia recurrida al estimar

que no infringe la potestad de autoorganización municipal ya que no discute la reorganización que dicho Ayuntamiento quiso llevar a cabo sino que únicamente cuestiona que comportando dicha reorganización la modificación sustancial de los puestos de trabajo recurridos -que pasan a ser Jefaturas de Servicio con nuevas funciones y sustancial incremento de su complementos- la asignación a determinado personal municipal no fuera precedida de ninguno de los procedimientos de provisión legalmente previstos para ello y sin que en el expediente se hayan justificado las razones de dicho proceder. Por ello, la Sala entiende que se ha vulnerado los principios de mérito y capacidad que, recuerda, también rigen en la provisión de puestos de trabajo.

“La sentencia de instancia no infringe la potestad de autoorganización municipal que reconoce expresamente el artículo 4.1 a) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, y sus propios fundamentos sirven para rechazar los argumentos que vuelve a mantener el Ayuntamiento.

No se discute la reorganización que se quiso llevar a cabo en el Área de Servicios Sociales mediante las modificaciones antes mencionadas. Lo único que la sentencia recurrida cuestiona es que esa transformación vaya de la mano de la vinculación de esos puestos de trabajo, los afectados por la modificación, a unas personas determinadas sin que se haya seguido ninguno de los procedimientos de provisión legalmente previstos y sin que en el expediente se ofrezca la más mínima razón de por qué se ha hecho así.

Es decir, no se han explicado las razones por las que, de entre dieciocho puestos de asistentes sociales con iguales cometidos y retribuciones, cinco determinados --los identificados con los números 192, 194, 196, 197 y 204)-- se reconvierten en jefaturas de sección, del mismo modo que, entre los nueve de educadores, uno determinado (el 582) experimenta similar transformación y, simultáneamente, esos seis puestos permanecen ocupados por los mismos funcionarios que los desempeñaban antes de la reorganización.

Esta reorganización, en contra de lo que dice el Ayuntamiento, sí comporta una alteración sustancial del contenido de dichos puestos, ya que pasan a ser jefaturas de sección con nuevas funciones y experimentan un sustancial incremento de su complemento específico y cambio del nivel de complemento de destino. Por eso, son correctos el razonamiento y la conclusión a los que llega la Sala de Santander: a falta de explicación del proceder seguido ha de entenderse contraria a los principios de mérito y capacidad --que también rigen en la provisión de puestos de trabajo-- la vinculación que se ha establecido entre los puestos modificados y unos determinados funcionarios sin abrir alguno de los procedimientos legalmente previstos para proveerlos.

Y, por eso, también, el tenor del artículo 20.1 g) de la Ley 30/1984 y las consideraciones de la sentencia 293/1993 del Tribunal Constitucional, en vez de avalar el motivo de casación, justifican su desestimación.

En definitiva, la sentencia recurrida no desconoce la potestad de autoorganización municipal. Solamente ha circunscrito su ejercicio a los límites a los que las leyes la someten, en este caso en lo relativo a la provisión de puestos de trabajo y al respeto que se debe observar al efectuarla a los principios de mérito y capacidad”.

1.7. Modificación sustancial del contenido de puesto de trabajo para fines distintos de ordenación del personal. Efectiva postergación de la recurrente al objeto de obviar los resultados del concurso de méritos anterior a la modificación. Desviación de poder.

STS, Sec. 7ª, 14/3/2011, RC 2308/2008. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por una funcionaria municipal contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se aprobó definitivamente la relación de puestos de trabajo de su personal y que, en lo que interesa a este recurso, modificó el contenido del puesto de trabajo que venía desempeñando la recurrente. La Sala estima el recurso de casación al entender que mediante una alteración sustancial del puesto de la recurrente por razones que no se ha justificado que vengan exigidas por el interés público, el Ayuntamiento obvió los resultados del concurso de méritos realizado poco antes de esta modificación, haciendo un uso indebido de su potestad autoorganizativa, ordenando casar la sentencia recurrida y estimar el recurso interpuesto, anulando la modificación operada por la RPT en lo que afecta al puesto de trabajo de la recurrente. La Sala llega a esa conclusión al apreciar que las modificaciones realizadas en su puesto de trabajo fueron sustanciales y se tradujeron en la efectiva postergación del puesto de la recurrente a otro recién creado para lo cual la Administración facilitó una motivación que, al proyectarla en el caso concreto, no resultaba suficiente para justificar el porqué la parte más importante del contenido del puesto de trabajo de la recurrente se segregó del mismo y se pasó a otro de nueva creación al que, además, se le confirió mayor relevancia.

“QUINTO.- No cabe duda de la potestad organizativa que asiste al Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna ni de que en su ejercicio mediante el instrumento de ordenación del personal en que consiste la Relación de Puestos de Trabajo puede modificar o suprimir los existentes, del mismo modo que puede crearlos. Ahora bien, tampoco es dudoso que, cuando haga uso de las facultades que a tal efecto dispone, ha de seguir el procedimiento legalmente establecido y respetar los derechos que asisten a los funcionarios que se vean afectados, sin pretender objetivos diferentes a los contemplados por las normas que se las han concedido. En este caso, es evidente que se ha servido de dicha potestad, sin embargo, la Sra. Armas Medina sostiene que lo ha hecho para fines distintos de la más adecuada ordenación del personal y en lesión de los derechos que le asisten. Por eso, reprocha a la sentencia que haya confirmado una actuación ilegal, residiendo en este punto la crítica que ha de exigirse a un recurso de casación, que así deja de ser la mera reiteración de la demanda que ve el Ayuntamiento recurrido.

Para resolver las cuestiones planteadas, es menester, ante todo, tener presente en qué ha consistido el cambio experimentado por el puesto de trabajo de la actora según resulta del expediente y de las actuaciones. Pues bien, sucede que dicha modificación ha afectado a aspectos formales y sustanciales del mismo. Así, no sólo son distintos su número y denominación --ahora Jefe de Sección de Otros Contratos-- sino que también varía su contenido pues no forma ya parte del mismo cuanto se refiere a los contratos de obra, expresamente asignados a la otra jefatura de sección, ni la sustitución en primer término del Jefe del Servicio en los supuestos en que sea preciso. Tras la modificación de la

Relación de Puestos de Trabajo impugnada corresponderá a la nueva jefatura de sección. Se trata, por tanto, de cambios que tienen un aspecto cualitativo: la efectiva postergación del puesto de la Sra. Armas Medina al recién creado, pues no de otro modo pueden interpretarse esas modificaciones, vista la distinta entidad de los asuntos encomendados ahora a cada uno y la posición respectiva en relación con la sustitución del jefe del servicio.

Del expediente no resulta, por otra parte, ninguna explicación de esa alteración. Solamente dice que el volumen alcanzado por los expedientes de contratación de obras, cuya tramitación califica de compleja por sí misma, así como su especialidad aconsejan diferenciarlos dentro del Servicio para una mayor eficacia en su gestión. Es muy razonable esta motivación considerada en abstracto, sin embargo, al proyectarla sobre la realidad de lo operado es absolutamente insuficiente porque no aclara por qué esa parte más importante -por su volumen y especialidad-- de los expedientes de contratación, es decir, la relativa a los contratos de obra, se segrega del puesto existente para pasar a otro nuevo, al que, además, se le da mayor relevancia a efectos de sustitución del jefe de servicio, cuando todo ello supone que la funcionaria que obtuvo por concurso de méritos el único inicialmente encargado de la tramitación de todos los contratos queda en esa posición secundaria. La ausencia de toda explicación sobre este extremo decisivo conduce a la conclusión de que el Ayuntamiento ha hecho un uso incorrecto de su potestad organizativa en perjuicio de los derechos que tiene la recurrente respecto de su cargo funcional, en último extremo amparados por el artículo 23.2 de la Constitución.

A lo anterior se han de añadir que el Ayuntamiento no remitió el expediente tramitado para la adjudicación de los puestos modificados nº 20007004 Jefe de Sección de Contratación de Obras, nº 20007005 Técnico de Administración General y 20007007 Jefe de Sección de Otros Contratos o la certificación negativa de su convocatoria, tal como se le solicitó en la instancia. Y, también se ha de tener en cuenta su silencio sobre las alegaciones de la Sra. Armas Medina al respecto y sobre la asignación de la nueva jefatura de sección sin más trámites que la adscripción a la misma de quien la desempeña. Estos hechos, a los que puede sumarse la estrecha proximidad existente entre la resolución del concurso de méritos en que la recurrente obtuvo el puesto de Jefe de la Sección de Contratación y la iniciación de la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo impugnada, llevan a considerar que, en efecto, la actuación municipal no sólo ha alterado sustancialmente el contenido del puesto de trabajo de la recurrente sin una justificación suficiente, sino que, además, ha aplicado las potestades de que dispone, en particular de las vinculadas a la aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo, para fines distintos de la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios (artículo 15.1 de la Ley 30/1984).

Dicho de otro modo, mediante una alteración sustancial del contenido del puesto de la recurrente por razones que no se ha justificado que vengan exigidas por el interés público, se han obviado los resultados del concurso de méritos realizado poco antes de esta modificación. Desde esta última perspectiva no parece fuera de lugar hablar también de desviación de poder”.

1.8. Modificación de la RPT consistente en crear puestos a extinguir de adscripción laboral con el fin dar destino al personal laboral que estaba obligado a participar en un concurso de traslado y no obtuvo ninguno de los puestos solicitados.

STS, Sec. 7ª, 15/12/2010, RC 3531/2007. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía contra una Sentencia del TSJ de dicha Comunidad que anuló el Decreto 252/1999, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de la Administración de la Junta de Andalucía, por el que se crean puestos a extinguir de adscripción laboral a efectos de resolución del concurso de traslados del personal laboral. La cuestión central es dilucidar si la finalidad perseguida por el expresado Decreto para ampliar la RPT, consistente en adjudicar un nuevo puesto de trabajo para aquellos participantes en el concurso de traslado que no obtuvieron ninguna de las plazas que fueron objeto de esa convocatoria, encarna o no las "necesidades de servicio" que son exigidas por la Ley 30/1984 para que pueda ser considerada válidamente realizada cualquier medida de ordenación de personal adoptada a través de una RPT. El Alto Tribunal concluye que no está justificada dicha medida porque no atiende a las necesidades colectivas que encarnan el ámbito de competencias materiales del órgano administrativo, sino que pretende dar respuesta a los problemas individuales que se puedan suscitar a uno o varios empleados que no han obtenido destino en los ordinarios sistemas de provisión, confirmando así la Sentencia recaída en la instancia.

“Lo cual equivale a señalar que lo que aquí ha de resolverse es lo siguiente: si la singular finalidad perseguida por el Decreto 252/1999 para ampliación de la RPT que lleva a cabo, consistente (como se ha visto) en adjudicar un nuevo puesto de trabajo para aquellos participantes en el concurso de traslado convocado el 4 de marzo de 1999 que no obtuvieron ninguna de las plazas que fueron objeto de esa convocatoria, encarna o no esas "necesidades de servicio" que son exigidas por la Ley 30/1984 para que pueda ser considerada válidamente realizada cualquier medida de ordenación de personal adoptada a través de una RPT.

Pues bien, el sentido de esa expresión "necesidades de servicio" ha de ser indagado desde el parámetro constitucional que configura a la Administración pública como una organización servicial de los intereses generales (artículo 103.1).

Y esto a lo que conduce es a que cualquier medida de ordenación de personal llevada a cabo por la RPT deberá venir justificada por razones de una mejor atención de las necesidades colectivas que encarnen el ámbito de competencias materiales del órgano administrativo de que dependen los puestos de trabajo que resulten afectados por la RPT; y, paralelamente, a que deba descartarse que esa medida pueda ser válidamente utilizada para dar respuesta a los problemas individuales que se puedan suscitar a uno o varios empleados que no hayan obtenido destino en los ordinarios sistemas de provisión.

Lo anterior es bastante para considerar acertado el fallo de la sentencia recurrida y hace innecesario analizar el otro reproche planteado en el recurso de casación”.

1.9. La omisión de la descripción de las funciones correspondientes a cada puesto ya no viene exigida en el art. 15 de la Ley 30/1984.

STS, Sec. 7ª, 10/2/2010, RC 5482/2006. La Sala estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se aprobaba la relación de puestos de trabajo (RPT) de dicha Agencia. La Sala estima la incongruencia denunciada ya que la sentencia impugnada no explica claramente cuáles son sus razonamientos frente a los concretos motivos de impugnación que fueron esgrimidos en la demanda. Entrando así en el fondo del litigio que se planteó en la instancia, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto ya que considera que la nueva redacción conferida a la normativa que regula la confección de las RPT omite la anterior exigencia de que en las citadas relaciones se indicaran las características esenciales de los puestos, por lo que concluye señalando que las RPT no son el instrumento formal para la descripción de las funciones de los puestos de trabajo, las cuales se obtienen de otros elementos normativos o administrativos, y que la omisión de la descripción no es, por sí sola, causa de invalidez de las RPT sino solamente cuando para concretos puestos de trabajo se prevean diferentes complementos retributivos y sistemas de provisión y no sea posible constatar a través de esos elementos normativos o administrativos las diferencias funcionales que pudieran justificar la diferencia de trato retributivo o de provisión.

“La inmediata consecuencia que se deriva de lo anterior es que esa omisión en la RPT de la descripción de funciones correspondientes a cada puesto de trabajo no puede ser considerada una directa causa de invalidez por vulneración de lo establecido en ese tan repetido artículo 15 de la Ley 30/1984.

Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que dicha omisión en la RPT no significa que no se conozcan las funciones correspondientes a cada puesto de trabajo porque, en lo que en concreto concierne a los incluidos en la RPT de la Agencia estatal de la Administración Tributaria, la definición de las funciones figura en esos otros elementos normativos y administrativos que menciona dicha representación pública: la adscripción a determinados Cuerpos y especialidades; la normativa reguladora de las funciones correspondientes a unos y otras; la integración dentro de un determinado órgano administrativo y la normativa reguladora de sus competencias; y las ordenes que hayan dictado los titulares de esos órganos en el ejercicio de las potestades de autoorganización que tienen reconocidas.

Y debe concluirse también, a causa de lo que antecede, en que, existiendo esas otras fuentes de conocimiento del contenido funcional de cada puesto, la RPT no resulta un elemento inexcusable para poder controlar la validez jurídica de las actuaciones administrativas en materia de personal desde ese parámetro constitucional que son los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE; por lo que es igualmente injustificada la vulneración de este precepto constitucional que igualmente invoca la demanda para apoyar tanto su pretensión de nulidad como su solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Avanzando en la línea que ha sido expuesta, sin perjuicio de ulteriores consideraciones ahora no necesarias y a manera de colofón, puede completarse todo lo anterior con estas afirmaciones finales:

(a) la RPT, en su regulación en el actual artículo 15 de la Ley 30/1984, no es el instrumento formal para la descripción de las funciones de los puestos de trabajo;

(b) la fuente de conocimiento de esas funciones ha de buscarse en esos otros elementos normativos o administrativos que se han mencionado;

(c) en consecuencia, la omisión de esa descripción en la RPT no es, por sí sola, causa de invalidez general de este instrumento técnico; y

(d) la invalidez sólo resultara procedente respecto de concretos puestos de trabajo cuando se hayan establecido para ellos distintos complementos retributivos y sistemas de provisión, en relación con otros puestos, y no sea posible constatar a través de esos elementos descriptivos que se han venido mencionando las diferencias funcionales que podrían justificar el distinto trato establecido para las retribuciones o la provisión (pero esto lo que permitirá será impugnar, no genéricamente la RPT, sino las especiales disposiciones no debidamente justificadas que en ella se incluyan sobre concretos puestos de trabajo)”.

2. Bases de convocatorias de oposiciones y concursos

2.1. Las bases de las convocatorias de oposiciones deben interpretarse en el sentido más favorable que resulte del art. 23.2 CE. Opositora que en el momento del examen escrito en llamamiento único se haya incapacitada para escribir por una fractura.

STS, Sec. 7ª, 6/7/2012, RC 1351/2011. Se confirma una sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha que anuló una resolución referida al ingreso en el Cuerpo de Maestros interpretando las bases de la convocatoria en un sentido que posibilitaba a la recurrente efectuar el examen que se le impidió realizar, pues en el desarrollo de las pruebas selectivas no se le ofreció la posibilidad de realizarlo oralmente ni se aplazó a otro día, estando acreditado en vía administrativa que el día señalado para efectuar el examen estaba absolutamente impedida para escribir. Sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, el TS recuerda que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 CE, evitando todo literalismo y observando pautas de racionalidad o proporcionalidad. No es admisible exigir que la aspirante recurriera las bases, pues las mismas se publicaron el 17.5.2005 y el accidente de tráfico que sufrió tuvo lugar el 18.5.2005, habiendo concluido el plazo para recurrirlas, tratándose de un supuesto de fuerza mayor totalmente imprevisible para la parte.

“Centrado en estos términos los motivos que nos ocupan, la cuestión controvertida viene constituida por la necesidad de determinar si la sentencia impugnada, al interpretar las bases de la convocatoria en un sentido que

posibilitaba a la recurrente efectuar el examen que se le impidió realizar, bien al no darle la posibilidad de realizarlo oralmente como solicitaba la recurrente o aplazándolo a otro día, al estar acreditado en vía administrativa que el día señalado para efectuar el examen estaba absolutamente impedida para escribir, es contraria a los artículos 14 y 23.2º de la Constitución Española.

La cuestión planteada merece una respuesta negativa por las razones que de inmediato se expondrán.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala y Sección recogida por todas en nuestra reciente sentencia de 17 de junio de 2011 (casación 2724/2009, F.D. 5º), así como en las de 20 y 27 de mayo de 2011 (casación 712/2009, F.D. 3º y 1719/2007 respectivamente) y las que en ella se citan; 10 de junio de 2009 (cas. 3244/2006) y 18 de febrero de 2009 (cas. 8926/2004) la relativa a que sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, debe reiterarse que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2º CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse. Y esta clase de resultado será de apreciar cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión.

La Administración entiende que la recurrente no había recurrido las Bases de la Convocatoria, y que del tenor literal de las mismas se deducía que no era posible efectuar el examen oralmente. Pero debemos tener presente que la aspirante, se presentó el día señalado para el examen y de su actitud se deducía indudablemente su deseo de examinarse, y que su petición no fue debidamente interpretada por el Tribunal que le negó la posibilidad de examinarse oralmente, y no le ofreció la posibilidad de posponer el examen y realizarlo por escrito otro día.

Hemos de afirmar que la interpretación de la petición de la aspirante efectuada por la Administración y que no fue avalada por la Sala de instancia, es en exceso literalista, y no observa esas pautas de racionalidad o proporcionalidad a las que se ha hecho mención.

La Sentencia de instancia en una interpretación admisible de las Bases de la convocatoria y en atención a que la primera petición de la recurrente no había recibido respuesta, que compareció el día del examen, por lo que era inequívoco su deseo de examinarse, entendió que en el momento en que se dictaba la sentencia, lo procedente era otorgar a la recurrente la posibilidad de examinarse por escrito.

Es este caso, debemos dar la razón a la Administración cuando afirma que la aspirante no recurrió las Bases de la Convocatoria en este particular, pero las Bases se publicaron en el mes el 17 marzo de 2005, y no se puede exigir a la aspirante una conducta distinta, pues no fue hasta el día el día 18 de mayo de 2005 cuando tuvo el accidente de tráfico, y el plazo para recurrir las Bases ya había concluido, estamos ante un supuesto de fuerza mayor totalmente imprevisible para la parte.

Procede por todo lo anteriormente expuesto desestimar todos los motivos del recurso de casación”.

2.2. Las bases de convocatoria vinculan tanto a la Administración como a los participantes e interesados en el procedimiento.

STS, Sec. 7ª, 22/5/2012, RC 2574/2011. Las Bases de la convocatoria vinculan tanto a la Administración y a sus órganos calificadores como a los aspirantes, y son la "ley del concurso" para todos ellos, no pudiendo dejarse sin efecto por ninguna de las partes en virtud de hipotéticas facultades interpretativas. El acuerdo adoptado por el Tribunal de selección de no puntuar la posesión de titulaciones específicas (otras actividades) no exigidas para el acceso a la categoría de personal de servicios generales, al apreciar las circunstancias características de esta categoría y la polivalencia y amplitud de las funciones desarrolladas por el personal incluido en ella, supone una evidente extralimitación del mandato recogido en el anexo de la convocatoria. Por tanto, no se excepciona normativamente la obligatoriedad de evaluación de esos títulos, ni se autoriza a que un tercer sujeto, fuese el Tribunal de selección o cualquier otro, suspenda o derogue parcialmente el mandato, de forma que por muy razonables que pudieran aparecer, desde un punto de vista coloquial, los argumentos para llevarlo a cabo, lo cierto es que estos órganos *ad hoc* no sólo están impedidos de hacer aquello que les prohíben las normas aplicables, sino que puede hacer sólo aquello que le permiten esas mismas normas. Tampoco se encuentra una recta motivación jurídica que justifique ese proceder. Se retrotraen las actuaciones para que el Tribunal de Selección valore la titulación.

“TERCERO.- Este primer motivo debe prosperar pues, en contra de lo que afirma la sentencia y mantiene el representante de la Administración, la no valoración del título presentado no se ajusta a lo previsto en las bases de la convocatoria, de manera que la resolución impugnada y que es consecuencia de este criterio, no se ajusta a Derecho. Al margen de que las argumentaciones planteadas en el acuerdo que decidió fuesen más o menos razonadas, lo cierto es que el Tribunal de selección carecía de potestad para vaciar de contenido un precepto recogido en las Bases de la Convocatoria. El acuerdo adoptado por el Tribunal de selección de no puntuar la posesión de titulaciones específicas (otras actividades) no exigidas para el acceso a la categoría de personal de servicios generales, al apreciar las circunstancias características de esta categoría y la polivalencia y amplitud de las funciones desarrolladas por el personal incluido en ella, supone una evidente extralimitación del mandato recogido en el anexo V de la convocatoria.

En este anexo, dentro del apartado 3 del personal no sanitario, relativo a otras actividades, expresamente aparece que para los grupos C, D y E, se evaluará con tres puntos la presentación de titulaciones oficiales específicas no exigidas para el acceso a la categoría y directamente relacionadas con las funciones de la categoría a la que se optaba. No se excepciona normativamente la obligatoriedad de evaluación de esos títulos, ni se autoriza a que un tercer sujeto, fuese el Tribunal de selección o cualquier otro, suspenda o derogue parcialmente el mandato, de forma que por muy razonables que pudieran

aparecer, desde un punto de vista coloquial, los argumentos para llevarlo a cabo, lo cierto es que estos órganos ad hoc no solo están impedidos de hacer aquello que les prohíben las normas aplicables, sino que puede hacer sólo aquello que le permiten esas mismas normas, así entre otras muchas las SS.T.S. de 17 de octubre de 2011 (RC. 6198/2008) y de 13 Feb. 2012 (RC. 370/2011). Y ello, sobre todo, cuando no es irrelevante la actuación que desarrolla sin habilitación expresa, como ocurre en este caso, no ofreciendo una recta motivación jurídica que justifique ese proceder”.

2.3. La no impugnación previa de las bases no impide impugnar el resultado final del proceso.

STS, Sec. 7ª, 22/5/2009, RC 2586/2005. La parte recurrente impugna un proceso selectivo de promoción interna por haber permitido la participación en el mismo a personal laboral cuando debió de circunscribirse a funcionarios públicos. Planteada causa de desviación procesal, el TS la acoge parcialmente al no existir identidad de pretensiones entra las formuladas en sede administrativa y en demanda. Entrando al fondo del asunto, el TS estima la casación señalando que a pesar de que las Bases de la Convocatoria permitían participar a personal laboral en un proceso reservado a funcionarios, y no haberse recurrido tales Bases, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de impugnar *a posteriori* las Bases cuando se trata de un acto nulo de pleno derecho, añadiendo que conlleva el supuesto de violación de derechos fundamentales, permitiendo la impugnación en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio ilegal para quien no tiene la obligación de soportarlo, como es este el caso. Conforme a la necesidad general reconocida por el TS respecto de este último requisito, estima el Tribunal que permitir tal circunstancia supondría una conculcación de los derechos fundamentales de la recurrente quien estaría soportando un perjuicio que no tiene el deber de soportar y supondría perder la plaza que por Derecho le corresponde.

“En consecuencia, aunque se admite que las Bases de un proceso selectivo no son un reglamento y en consecuencia no son susceptibles de ser impugnadas indirectamente, si que forman parte del proceso selectivo que culmina con la resolución de este, y aunque no puedan ser impugnadas en la medida en que sean legales, tampoco la falta de impugnación de este acto sana o puede ser un impedimento para la impugnación del acto resolutorio del proceso selectivo, que sólo lo será en la medida en que fueran las bases conformes con el ordenamiento jurídico”.

3. Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo

3.1. Pactos y Acuerdos entre Sindicatos y Administración. Carencia de eficacia y validez antes de su ratificación por la Administración al incorporarlos a una disposición general, dada la naturaleza esencialmente organizativa de las condiciones esenciales del estatuto de los funcionarios públicos.

La STS, Sec. 7ª, 16/5/2012, RC 2746/2011, ratifica la sentencia que declaró conforme a Derecho el Decreto 43/2009 de Castilla y León, de 2 de julio, por el que se regula la carrera profesional del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de esta Comunidad Autónoma, toda vez que es respetuoso con el art. 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

“El TS sostiene, en relación con los efectos jurídicos de los Pactos y Acuerdos, que, en el caso de las Administraciones Públicas, su contenido solo sería directamente aplicable cuando hayan sido ratificados, esto es, cuando los órganos de Gobierno, y no quienes han negociado y firmado el pacto, acuerden su ratificación adoptando las debidas medidas normativas. Como se trata de un Acuerdo con contenido reglamentario, es evidente que si se adoptan por la misma autoridad competente para dictar la norma reglamentaria, derogan entonces aquellos reglamentos de igual o inferior rango que se le opongan. De ahí que la previsión de que, a efectos formales, se requiera la modificación o derogación de normas reglamentarias es redundante por innecesaria. Si, por el contrario, se precisa de una Ley, especialmente la presupuestaria, el Gobierno solo se obliga a presentar un proyecto de Ley. En el presente caso, el Decreto impugnado se dicta por la Consejera de Administración de la Junta de Castilla y León, en ejercicio de su potestad propia, que no quedó limitada por el Acuerdo alcanzado, cuya publicación, que no ratificación, se verificó por una Resolución del Director General de Trabajo y Prevención de Riesgos de esa misma Junta. Para estimar la limitación de la potestad reglamentaria de la Consejera habría que partir de que el Acuerdo había sido ratificado posteriormente por la Administración competente, y en consecuencia se había transformado en una norma, siendo solo desde entonces, desde su entrada en vigor, válido y eficaz frente a terceros como reglamento, sin perjuicio de que pudiera ser derogado por otro reglamento posterior de igual o superior rango.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Acuerdo por parte de la Administración, el TS subraya que «la sanción es simplemente la reanudación, a petición de cualquiera de las partes, de nueva negociación, que no necesariamente ha de concluir en un acuerdo, ni tiene que respetar el contenido mínimo de lo ya pactado e incumplido unilateralmente»”.

3.2. Acuerdo/Convenio contrario a Derecho por regular conjuntamente el régimen de funcionarios y personal laboral.

STS, Sec. 7ª, 13/9/2010, RC 2334/2007. Se declara la nulidad del Acuerdo/Convenio regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos municipales para el período 2004/2007, aprobado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Gijón, en tanto su ámbito de aplicación está constituido por todos los empleados municipales, siendo improcedente abordar conjuntamente la regulación de las condiciones de trabajo de funcionarios y personal laboral.

“Dice, en particular, la Sala de Oviedo al respecto:

‘Ciertamente existen dos expedientes administrativos que parecen dar a entender la realidad de un acuerdo referido al personal funcional y otro distinto para el laboral, con dos acuerdos de aprobación por la Junta de Gobierno distintos. Sin embargo, el recurrente adjunta un ejemplar del Acuerdo, en el que con la misma maquetación formal que los que constan en el expediente, se regulan individualmente las condiciones del personal laboral y funcional, (sic) y así se prevé en el Art. 1 la aplicación de los proyectos de forma indistinta a ambos tipos de personal. En todo caso los dos ejemplares de los dos expedientes enviados recogen dos convenidos absolutamente idénticos, en toda su extensión, lo que hace a esta Sala concluir que ciertamente las condiciones se regulan en un solo acuerdo, aún siendo la apariencia formal, que no material, que se pretende presentar la de que existen dos acuerdos.

La distinta regulación de esta materia para otras categorías de personal público la pone de manifiesto la propia C.E. que en su artículo 37 contempla la negociación colectiva laboral para los trabajadores y empresarios, en tanto que el artículo 103 remite a la Ley para la regulación del Estatuto de los Funcionarios, con competencia exclusiva del Estado para establecer su régimen básico, según el artículo 149.1.18º de la propia Constitución, de cuanto se deriva la imposibilidad y por ello la nulidad, de los convenios colectivos al regular en uno y otro caso materias diferentes que al afectar al personal laboral tienen que ser aprobados por esta autoridad y sujetos en ambos casos a los límites impuestos por las Leyes que no se pueden rebasar en la negociación colectiva, en base al principio de jerarquía normativa’.

Prosigue la sentencia diciendo que este proceder comporta una nulidad de pleno Derecho según la jurisprudencia recogida en las sentencias invocadas por la recurrente y añade:

‘Es evidente que el que la Administración al regular en un solo acuerdo al personal funcionario y laboral pretende funcionalizar (sic) el personal laboral o laboralizar al personal funcionario, esta misma Sala en distintas sentencias ha venido declarando que ni el principio de autonomía local, ni de negociación con el personal a su servicio pueden justificar la infracción del ordenamiento jurídico en un intento de laboralizar la función pública local (o viceversa, podemos añadir), incurriendo la Corporación demandada en un claro defecto competencial por exceso al vulnerar normas básicas de la legislación del Estado. En este sentido podemos citar las sentencias de 27 de Julio de 2004, PO 1626/01, 10 de Noviembre de 2003, PO 152/00, 11 de Abril de 2003, PO 3154/97, 12 de Julio de 2005, PO 616/01, 11 de Noviembre de 2004, PO 181/00’.

SEXTO.- Rechazadas las causas de inadmisibilidad, se impone la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación del Acuerdo/Convenio por las mismas razones que llevaron a la Sala de Oviedo a fallar en ese sentido. Razones que no reiteramos por haberlas recogido más arriba y ser coherentes con la jurisprudencia de esta Sala, confirmada por última vez en la sentencia que dictamos el 23 de junio de 2010 (casación 244/2007), porque resultan plenamente aplicables aquí desde el momento en que, tanto el acuerdo como el convenio disponen expresamente que su ámbito de aplicación está constituido por funcionarios y personal laboral con la excepción de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional”.

4. Oferta de empleo público

4.1. Sentido y alcance.

STS, Sec. 7ª, 1/4/2009, RC 4203/2004. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra sentencia del TSJ de Andalucía que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto autonómico sobre oferta de empleo público para el año 1996 y anulaba el precepto que regulaba las convocatorias para plazas correspondientes a dotaciones de personal interino. La Sala señala que de la literalidad del precepto del Decreto autonómico anulado no se desprende la sustracción indebida de plazas a funcionarios de carrera vulneradora, según sostiene la sentencia de instancia, de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, sino que únicamente delimita un concreto grupo de plazas correspondientes a dotaciones de personal interino como uno de los continentes de plazas incluido en la Oferta de Empleo Público, sin que se realice declaración alguna sobre que la convocatoria de dichas plazas quedará limitada a quienes las ocupen como personal interino, considerando indebida la aplicación de los principios antes referidos. Por ello, declara haber lugar al recurso de casación y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto autonómico.

“Sobre el alcance que debe otorgarse a una Oferta de empleo público ha de señalarse lo siguiente: (a) consiste tan sólo en determinar las plazas vacantes que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio anual a que está referida; (b) no conlleva ni produce la iniciación del correspondiente proceso administrativo destinado a seleccionar y nombrar las concretas personas que habrán de ocupar dichas plazas, pues esto corresponde a la ulterior convocatoria que ha de realizarse con esta finalidad”.

III. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Nacimiento de la relación de servicio de funcionarios de carrera

1.1. Principios constitucionales

1.1.1. Reglamento de Ingreso en las Fuerzas Armadas. Límite máximo de edad para ingreso en la Escala de Tropa y Marinería. Diferencia de trato justificada.

STS, Sec. 7ª, 30/5/2012, RCA 63/2010. La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, impugnado en relación con el particular relativo al límite máximo de edad previsto para poder participar en los procesos selectivos para cursar las enseñanzas de formación en las Fuerzas Armadas, al estimarlo el recurrente contrario al derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, imponiendo una diferencia de trato injustificada. La Sala desestima el recurso. Para ello parte de que dicho límite de edad incorporado por el Reglamento se encuentra previsto en la Ley de Tropa y Marinería por lo que la pretensión anulatoria de dicho límite pasaría por el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad si bien la Sala estima que no existen razones para dudar de su constitucionalidad ya que aprecia que el límite y la diferencia de trato cumplen el canon de proporcionalidad para que no pueda ser considerado injustificadamente discriminatorio puesto que está dirigido a esa finalidad de favorecer la prolongada permanencia en las Fuerzas Armadas que posibilite el acceso a la situación de retiro y a los derechos económicos inherentes al mismo, evitándose así que la falta de expectativas de alcanzar la situación de retiro sea un elemento disuasorio de la permanencia como militar de tropa y marinería.

“TERCERO.- El límite de edad que aquí es objeto de controversia se haya establecido en el artículo 3.1.e) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (según la redacción dada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre) y, por ello, la pretensión anulatoria de dicho límite de edad haría necesario, como reconoce la demanda, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, lo primero que aquí ha de abordarse es si hay razones bastantes para dudar de la constitucionalidad del precepto legal que acaba de mencionarse.

La respuesta a la necesidad de ese planteamiento tiene que ser negativa, por ser convincentes los argumentos que ha venido a ofrecer la Administración demandada para descartar que ese polémico límite de edad pueda considerarse injustificadamente discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

Esos argumentos, que aquí merecen ser asumidos, se pueden resumir en estas ideas principales que continúan.

Que la selección de los militares de tropa y marinería está dirigida a atender las necesidades que presenten de las Fuerzas Armadas a corto y largo plazo.

Que la debida atención de estas necesidades aconseja la disponibilidad del mayor número posible de personal que disponga de una amplia experiencia.

Que esa amplia experiencia exige para obtenerla prolongados periodos de permanencia en las Fuerzas Armadas.

Y que esa prolongada permanencia requiere, a su vez, incentivos que la favorezcan y, uno de ellos, es posibilitar a todo aquel cuya voluntad sea dicha permanencia el acceso a la situación de retiro y a los derechos económicos inherentes al mismo; o, dicho de otra forma, debe evitarse que la falta de expectativas de poder alcanzar esa protección de la situación de retiro sea un elemento disuasorio de la permanencia como militar de Tropa y Marinería, ante la necesidad de buscar una opción profesional distinta que sí facilite alcanzar una protección equivalente a la que comporta la situación de retiro.

Estos argumentos que acaban de consignarse ponen de manifiesto que el límite de edad aquí polémico cumple, según recuerda el Abogado del Estado, con esas exigencias que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado suficientes para justificar la validez constitucional de una diferencia de trato. Y así ha de ser considerado por todo lo siguiente: el discutido límite de edad está dirigido a esa finalidad de favorecer la prolongada permanencia en las Fuerzas Armadas que antes ha sido señalada; no es dudosa la legitimidad de tal finalidad por estar conectada con la meta de una mayor eficacia de las Fuerzas Armadas; y la limitación que comporta dicha edad cubre también el canon de proporcionalidad que resulta necesario en estos casos.

Debe, pues, concluirse, que los criterios de oportunidad utilizados por el legislador para establecer el aquí impugnado límite de edad no vulneran el principio de igualdad de acceso a las funciones públicas que reconocen los artículos 14 y 23 de la Constitución”.

1.1.2. Durante el desarrollo del proceso selectivo queda excluida, dentro de cada cupo, toda diferencia de trato entre los aspirantes. La opción a las plazas reservadas del cupo de minusválidos debe formularse en la solicitud de participación en las pruebas.

STS, Sec. 7ª, 18/4/2012, RC 1890/2010. El TS mantiene el criterio seguido por el TSJ de Andalucía para acordar la retroacción de un proceso selectivo, por cuanto que la opción a las plazas reservadas del cupo de minusválidos debe formularse en la solicitud de participación en las pruebas, pues es en ese momento cuando quedan fijadas las condiciones de participación, no siendo admisible su extemporánea admisión por otro turno que no fue oportunamente elegido y que pudiera perjudicar a otros aspirantes por el hecho de no acrecer la última de las plazas convocadas. El incumplimiento de los requisitos imperativos para la participación a pruebas selectivas de acceso a la función pública, seguidas y respetadas por la generalidad de aspirantes, no implica el incumplimiento de ningún precepto constitucional de protección a los minusválidos, sino, por el contrario, el respeto de los principios rectores de estos procedimientos entre los aspirantes del turno libre y entre los aspirantes del turno restringido. El art. 23.2 CE garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones públicas "en condiciones de igualdad", lo que determina la necesidad de concurrir a todo proceso

selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y, al margen de los cuales, no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso.

“El objeto principal del recurso de casación también ha sido centrado por la Junta de Andalucía en la atribución a la sentencia dictada en instancia de una infracción de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 53 en relación con el artículo 49, ambos de la Constitución Española, que aluden a la protección social de los minusválidos que como principio rector de la política social y económica debe inspirar también la práctica judicial. Y todo ello porque según la parte actora, de no aceptarse y aplicarse al presente caso el carácter retroactivo de los efectos que el reconocimiento de la condición de minusválido lleva aparejados quedaría incumplido el principio en el que se inspira la norma que permite a los minusválidos participar en un turno reservado para ellos en el acceso a la función pública (artículo 23 de la Constitución Española).

Este argumento, tampoco puede estimarse en modo alguno, puesto que el incumplimiento de los requisitos imperativos para la participación a pruebas selectivas de acceso a la función pública, seguidas y respetadas por la generalidad de aspirantes, no suponen el incumplimiento alguna de precepto constitucional de protección a minusválidos, sino por el contrario, la defensa del más adecuado respeto a los principios rectores de estos procedimientos, entre los aspirantes del turno libre y entre los aspirantes del turno restringido. Como cita adecuadamente la resolución de instancia, el art. 23.2 CE garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones públicas “en condiciones de igualdad”, lo que supone concurrir a todo proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (STC 73/1998). Ello garantiza que durante el desarrollo del procedimiento selectivo quede excluida, dentro de cada cupo y en la aplicación de las normas reguladoras del mismo, toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo en las propias “leyes”, sino también en su aplicación e interpretación.

Y precisamente cuando la infracción de las normas o bases reguladoras del proceso selectivo implique a su vez una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esa dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad (SSTC 115/1996, de 25 de junio y 73/1998, de 31 de marzo). Por ello la sentencia no incurrió en las infracciones expresadas por la Administración”.

1.1.3. La reserva de plazas a los discapacitados debe hacerse efectiva en cada convocatoria, no en la Oferta de Empleo Público.

STS, Sec. 7ª, 28/2/2012, RC 6860/2010. El TS estima el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia del TSJ de Cantabria y, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia, anula la Orden por la que se convocaron pruebas selectivas para el acceso a la categoría estatutaria de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico. La reserva porcentual de plazas para el acceso a la función pública a favor de las personas discapacitadas es una medida de discriminación positiva legalmente establecida y legítima. En cada convocatoria de plazas para las distintas categorías debe reservarse, por tanto, ese mínimo porcentual. De otra forma la Administración tendría en su mano la facultad de distribuir las plazas entre los distintos grupos profesionales y categorías existentes, sin necesidad de mayores motivaciones o justificaciones. En el caso de autos, a las plazas efectivamente convocadas para su cobertura para el turno de acceso libre y de promoción interna por personal estatutario fijo de nuevo ingreso, se debe adicionar una nueva plaza para su cobertura por el turno de personas con discapacidad, de manera que, en lo que respecta en exclusiva a dicha plaza, se habrán de retrotraer las actuaciones y convocarse el oportuno proceso selectivo para su cobertura.

“Entrando ya en el fondo de la cuestión objeto de debate, debemos partir de que la reserva porcentual de plazas para el acceso a la función pública a favor de las personas discapacitadas es una medida de discriminación positiva legalmente establecida y que, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 269/1994, de 3 de octubre, resulta perfectamente legítima. Decía el Fundamento jurídico 4 de dicha sentencia que “(...) No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar.

Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del

mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1. CE)”.

Esta naturaleza de medida de refuerzo positivo que cumple la reserva porcentual de plazas implica que recaiga sobre las Administraciones Públicas el deber de interpretar la normativa que la regula y de ponerla en práctica del modo que resulte más favorable al sentido y finalidad que persigue la citada medida y que no es otro que el de la promoción profesional de personas con discapacidad.

Corresponde, en consecuencia, entrar a valorar si la tesis mantenida por la sentencia recurrida resulta asumible para esta Sala y para tal fin, nuestro punto de partida lo constituye, necesariamente, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, legislación específica que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1, regula la relación funcional especial de dicho personal y que, como señala su artículo 2, es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

En lo que interesa a la presente casación, el apartado 6 de su artículo 30 preceptúa que “En las convocatorias para la selección de personal estatutario se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de cada servicio de salud, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

El acceso a la condición de personal estatutario de las personas con discapacidad se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de las pruebas de selección a las necesidades específicas y singularidades de estas personas”.

Pues bien, el tenor literal de dicho precepto – que emplea el modo imperativo “se reservará” - es claro y no deja lugar a dudas. Se pretende por el legislador que dicha reserva de un mínimo porcentual de plazas –porcentaje que nada impide pudiera ser mayor - en el caso del personal estatutario de los servicios de salud, se imponga en las concretas y singulares convocatorias de plazas que la Administración vaya ofertando, no bastando con que esa reserva se aplique sobre el total de las plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público para el año 2007, tal y como sostuvo la sentencia recurrida. Las Ofertas de Empleo Público contienen la inicial delimitación de plazas dotadas presupuestariamente que, por estar vacantes, pueden ser ofrecidas durante el ejercicio, pero no albergan la convocatoria de dichas plazas, por lo que no se puede sostener que dicha obligación impuesta por el artículo 30.6 quede satisfecha mediante la reserva de plazas en tales Ofertas sino que va más allá y exige que se haga efectiva en las convocatorias publicadas. Esta interpretación, además de ser la que más se ajusta al tenor literal de la norma, es la más razonable y la que más favorece a

la finalidad que, como veíamos, trata de cumplir dicha medida de reserva de plazas, y evita, por otro lado, dejar en manos de la Administración la facultad de distribuir las plazas entre los distintos grupos profesionales y categorías existentes, sin necesidad de mayores motivaciones o justificaciones. El proceso de distribución de la reserva porcentual de plazas para las personas con discapacidad debe ser, por tanto, el inverso al realizado en este caso que se analiza de manera que, en principio, en cada convocatoria de plazas para las distintas categorías debe reservarse ese mínimo porcentual, tal y como exige el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, salvo que ello no resulte posible, bien porque el escaso número de plazas que sean ofertadas en la convocatoria imposibilite la reserva de dicho cupo o bien porque se esté ante una categoría cuyo desempeño profesional sea incompatible con la presencia de una discapacidad, lo cual se deberá motivar suficientemente por la Administración.

No obstante lo anterior, podría ocurrir que las antedichas circunstancias se hubieran dado en la convocatoria que constituyó el objeto de la controversia en instancia y que, por tanto, el efecto útil de la casación impidiera la estimación del recurso a pesar de que la Sala de instancia hubiera sostenido una tesis contraria a la antes razonada. Sin embargo, del análisis de la documentación obrante en actuaciones no se aprecia que tales circunstancias concurren en el presente caso toda vez que, por un lado, el número de plazas convocadas para la categoría estatutaria de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico sí permitía aplicar el porcentaje de reserva y porque, de otro y tal y como invoca la parte recurrente, en el expediente administrativo la Administración no ha explicado ni justificado la concreta distribución que de tal cupo de plazas llevó a cabo, ni el porqué la referida categoría de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico era de las que no podía ser objeto de una reserva porcentual de plazas para personas con discapacidad. A los efectos anteriores, carece de virtualidad el informe emitido en fecha muy posterior a la de la convocatoria controvertida por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud y que fue adjuntado por el Letrado de la Administración autonómica a su escrito de contestación a la demanda, por cuanto la justificación que ofrece en el mismo es genérica y estereotipada.

Por el contrario y según afirma la recurrente, no parece que el desempeño profesional de dicha categoría estatutaria sea incompatible con la existencia de una discapacidad ya que la propia recurrente viene prestando sus servicios en tal categoría, a pesar de tener un grado de minusvalía acreditado del 36 %, en un Hospital de Servicio Cántabro de Salud desde el 28 de mayo de 2007”.

1.1.4. Pruebas selectivas de consolidación de empleo para el acceso al Grupo Técnico de la Función Administrativa en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD. Discrecionalidad administrativa. Principio de publicidad.

STS, Sec. 7ª, 28/11/2011, RC 78/2009. La Sala declara haber lugar al recurso y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la calificación de la memoria, asignando veinticinco puntos a cada una de sus partes. Los resultados así obtenidos para cada aspirante se sumarán a los de la fase de concurso para obtener la

calificación final. Precisa que el fraccionamiento de la puntuación total de la fase de oposición en "items" valorativos, no se prohíbe expresamente, pero no se trata solamente de lo que no se puede hacer por estar prohibido por las normas aplicables sino de lo que puede hacer el tribunal calificador por permitírsele esas mismas normas. Sobre todo, cuando no se ofrece una motivación suficiente que justifique ese proceder. La autorización de las bases de la convocatoria sobre la determinación del contenido concreto de las pruebas y a su calificación no conduce sin más a autorizar la distribución de la puntuación de cualquier forma. Al ejercer su discrecionalidad, no explicó las razones por las que, a diferencia de lo que se hizo en las demás convocatorias, en las que los cien puntos se distribuyeron en bloques de veinticinco por cada una de las partes de la memoria, en este caso optó por sobrevalorar una de ellas e infravalorar otras dos. Por eso no es tanto la vulneración del principio de igualdad -que no fue vulnerado- sino la necesidad de motivación del acto que de esta manera cae en la arbitrariedad. Vulneración del principio de publicidad.

“En cuanto a la vulneración del principio de publicidad sentado por el artículo 2 b) de la Ley 16/2001, también debemos apreciarla porque no es respetuoso con él anunciar en el mismo momento de la celebración del ejercicio que, a diferencia de lo sucedido en las demás convocatorias, en lugar de puntuarse sobre veinticinco puntos cada parte de la memoria, se calificaría del modo antes visto. En las circunstancias concurrentes, el respeto al principio de publicidad exigía comunicar con antelación ese criterio. Tampoco es conforme con el artículo 24.3 de la Ley 30/1992 ni con las bases la intervención simultánea de los miembros titulares y suplentes del tribunal, ya que el cometido de estos últimos es sustituir a los primeros. Y de la exclusión del secretario de determinadas fases de la actuación del tribunal ha de decirse que no es conforme con el artículo 25 de esa misma Ley”.

1.1.5. Publicidad y transparencia de los criterios de actuación del Tribunal Calificador.

La STS, Sec. 7ª, 18/1/2012, RC 1073/2009, anula una resolución del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en la que se hacía pública la relación de los aspirantes que habían superado el segundo ejercicio del citado proceso, por ser la misma contraria al art. 4.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado.

La sentencia afirma que el principio de publicidad que debe presidir el procedimiento selectivo de ingreso en la función pública se ve conculcado cuando el Tribunal Calificador decide con posterioridad a la fecha de realización de uno de los ejercicios tanto la nota de corte determinante del «no apto», como las variables ponderables al efecto de obtener dicha nota. Finalmente, el Tribunal reitera que el principio de publicidad «exige que los criterios de actuación sean precedentes a la realización de las pruebas».

Ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, añade el TS,

«está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

1.1.6. Nulidad de mérito consistente en realización de cursos de formación de carácter oficial por resultar discriminatorio. Alcance y contenido del artículo 23.2 de la CE.

STS, Sec. 7ª, 8/4/2011, RC 4964/2009. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Sindicato contra una Orden por la que se convocaron pruebas selectivas en el marco del proceso de reducción de la temporalidad para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de dicha Comunidad Autónoma, anulando el apartado de una base que valoraba como mérito los cursos de formación de carácter oficial en materias relacionadas directamente con las funciones del Cuerpo convocado al estimar que vulneraba la igualdad entre los participantes al favorecer al personal temporal o interino del órgano administrativo convocante en perjuicio de los ciudadanos que no tenían una relación previa con la Administración y para los que resultaba prácticamente imposible el acceso a dichos cursos. La Sala desestima el recurso de casación por entender que la Sala de instancia no ha valorado erróneamente un informe obrante en autos, con infracción de las reglas de la sana crítica. Para ello, se estima que la valoración de dicho informe efectuada por la sentencia recurrida no es errónea, arbitraria o ilógica, máxime cuando es conforme con el criterio ya sostenido por el Tribunal Supremo en sentencia anterior, referida a la valoración de un mérito de análoga configuración.

“TERCERO.- Para analizar el motivo casacional conviene recordar la interpretación jurisprudencial sobre el alcance y contenido del artículo 23.2 de la CE, tanto del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo (SSTC 10/1989 de 24 de enero, 115/1996 de 25 de junio, 48/1998, de 2 de marzo, 10/1998 de 13 de enero, 73/1998 de 31 de marzo, 138/2000 de 29 de mayo y SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras):

a) En primer lugar, el artículo 23.2 de la CE consagra un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. En este sentido, con carácter general la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma

jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminedar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa.

Las reglas relativas a los concursos y oposiciones han de establecerse en términos generales y abstractos, y no mediante referencias individualizadas y concretas, pues se vulneraría el principio de igualdad cuando, junto a los criterios estrictamente técnicos, se tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos o aspirantes (SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras)

b) La preexistencia y predeterminedación de las condiciones de acceso, forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser invocada cuando vaya imprescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad de mérito y capacidad (como subrayan, entre otras, las SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F. 7 a) y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 a).

c) El derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias «leyes», sino también a su aplicación e interpretación. (SSTC de 10/1998, de 13 de enero y 73/1998 de 31 de marzo y SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras)

Ahora bien, el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, por lo que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad (SSTC 115/1996, de 25 de junio, F. 4; 73/1998, de 31 de marzo, F. 3.c; y 138/2000, de 29 de mayo, F. 6.c).

d) Por último, una reiterada doctrina jurisprudencial ha destacado el protagonismo que a los Jueces y Tribunales corresponde en el control de la regularidad del proceso selectivo, toda vez que al ser el derecho proclamado en el art. 23.2 CE un derecho de configuración legal, «corresponde a los órganos jurisdiccionales concretar en cada caso cuál es la normativa aplicable, pues es a ellos a quienes corresponde en exclusiva, de conformidad con el art. 117.3 CE, el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas» (SSTC 10/1989, de 24 de enero, F. 3 y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 c.).

e) En la medida en que la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, hay que estar a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia o que el resultado de la valoración efectuada es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999). En tal sentido, y concretamente en relación con la valoración de informes, cuando se acude a las reglas de la sana crítica, es doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 11 de marzo, 28 de abril, 16 de mayo, 15 de julio, 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995, 27 de julio y 30 de diciembre de 1996, 20 de enero y 9 de diciembre de 1997, 24 de enero, 14 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 30 de enero, 22 de marzo, 18 de mayo y 19 de junio de 1999) que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria o, como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles (Ss. 1-3-05, 15-3 05)”.

1.1.7. Distinta regulación de los médicos pertenecientes al sistema sanitario.

Médicos de cupo.

STS, Sec. 7ª, 25/11/2010, RC 3340/2007. El TS confirma una Sentencia del TSJ de La Rioja que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo para el personal del Servicio Riojano de Salud. El recurso descansa sobre la especial situación en que se encuentran los denominados médicos de cupo, cuya regulación estatutaria es distinta de los médicos pertenecientes en general al ámbito sanitario, que justifica la existencia de una exclusión del sistema de carrera profesional, en la que sin embargo está prevista su integración. Con apoyo en la STS de 14/10/2010, se recuerda que no pueden considerarse discriminatorias y contrarias a los artículos 14 y 23 CE esas especialidades dispuestas para el acceso del personal de cupo y zona que se vienen examinando, toda vez que, respondiendo a la situación diferenciada de este personal y a la finalidad de hacerla compatible con la nueva organización de los servicios de salud, el distinto trato que se establece tiene una justificación objetiva y razonable. Los intereses individuales quedan salvaguardados con la voluntariedad dispuesta para acceder al sistema y con el respeto del régimen jurídico y retributivo actual que tenga el personal de cupo y zona que, para acceder al sistema, se haya integrado funcionalmente en el equipo de atención primaria.

“Pues bien, esta Sala acepta esencialmente los argumentos de la sentencia recurrida que razona la posible violación de los preceptos que se dicen vulnerados por la misma y que en definitiva no hacen sino destacar la especial

situación en que se encuentran los denominados médicos de cupo, cuya regulación estatutaria es distinta de los médicos pertenecientes en general al ámbito sanitario y que justifica la existencia de una exclusión del sistema de carrera profesional, en la que sin embargo está prevista su integración. Y este es el sentido también de la reciente sentencia de esta Sala de catorce octubre de 2010, también en relación con los médicos de cupo, donde se sostiene en su fundamento jurídico tercero que:

“(…)La Ley 44/2003 sí permite, como ha venido sosteniendo la Administración demandada, que se pueda imponer una implicación en el esquema organizativo del correspondiente servicio de salud para quien quiera acceder al sistema de reconocimiento del desarrollo profesional; que los intereses individuales no pueden prevalecer frente al interés general que significa adoptar las medidas más convenientes para mejorar el funcionamiento de la nueva organización sanitaria; y que esos intereses individuales quedan salvaguardados, por un lado, con la voluntariedad dispuesta para acceder al sistema y, por otro, con el respeto del régimen jurídico y retributivo actual que tenga el personal de cupo y zona que, para acceder al sistema, se haya integrado funcionalmente en el equipo de atención primaria.

Por último, debe señalarse que no pueden considerarse discriminatorias y contrarias a los artículos 14 y 23 CE, cuya infracción también censura el recurso de casación, esas especialidades dispuestas para el acceso del personal de cupo y zona que se vienen examinando; y no pueden serlo porque, respondiendo a la situación diferenciada de este personal y a la finalidad de hacerla compatible con la nueva organización de los servicios de salud, el distinto trato que se establece tiene una justificación objetiva y razonable”.

1.1.8. Obligación de incluir en la Oferta de Empleo Público las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos.

STS, Sec. 7ª, 29/10/2010, RC 2448/2008. La Sala Tercera del TS estima el recurso recordando que cuando se trata de asociaciones profesionales, no basta para apreciar el interés legítimo de que habla el artículo 19.1.a) LJCA con la mera autoatribución estatutaria, sino que es preciso que dichas disposiciones generales estén relacionadas con el ámbito de actuación propio de las asociaciones o de sus asociados. En cuanto al fondo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible en la siguiente, salvo que se decida su amortización. La Sala obliga pues a incluir tales plazas en la Oferta de Empleo Público.

“Es evidente que estos funcionarios, y en consecuencia, la Asociación que los representa, tienen interés en que la Administración cubra sus vacantes a través de los procesos selectivos previstos legalmente que garanticen en mayor medida el acceso a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad, sin que el derecho previsto en el artículo 23.2 pueda reducirse sin más a la exigencia de que cuando se convoque el acceso mediante un proceso selectivo abierto, se observen los principios de igualdad, mérito y capacidad, aun cuando estos

principios sean esenciales, pues , aun cuando es cierto que el artículo no garantiza un derecho subjetivo a ser funcionario, si que garantiza el derecho de los ciudadanos (y no solo de los funcionarios) a acceder a la función pública en las condiciones antes citadas. En consecuencia, que el acceso sea para todos los ciudadanos, o restringido para los funcionarios, no es ajeno a los intereses legítimos de la asociación recurrente, como no lo sería a los meros ciudadanos, individualmente o asociados que pretendan acceder a la función pública (...).

Por su parte, el artículo 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón sostiene que “las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios”.

La claridad de estos preceptos no dejan duda de la ilegalidad del acuerdo impugnado, en este punto, al que restringe la recurrente el recurso de casación, y único en el que podemos entrar en consecuencia. Ahora bien, la cuestión es si nos encontramos ante una simple ilegalidad, o por el contrario la misma afecta al derecho fundamental. Y hemos de admitir que así es, pues no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo que bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudieran haberse ofertas públicas, al no existir vacantes. Pero ello ocurrirá si los Tribunales calificadoros no cumplen con el rigor de la exigencia de la capacidad y mérito necesario a la hora de seleccionar, no teniendo porque cubrirse todas las vacantes en el mismo proceso de selección”.

1.1.9. Vulneración del principio de igualdad al no revisar los ejercicios de todos los aspirantes, tras admitir un error en el sistema de valoración.

STS, Sec. 7ª, 14/12/2010, RC 1133/2008. Partiendo de que quien no recurre un acto administrativo lo consiente y de la doctrina del TC que la Sentencia recoge siguiendo la STS de 1 de junio de 2007, se desprende que si la Administración modifica como consecuencia de un recurso, o de oficio, un criterio de valoración de unas pruebas selectivas, ha de hacerlo para todos los participantes en el proceso selectivo, so pena de vulnerar el principio de igualdad en el acceso a la función pública. Por ello, debe distinguir entre quienes discuten el resultado de sus ejercicios o exámenes, supuesto en que la estimación de un recurso ha de afectarles a ellos exclusivamente, y quienes impugnan un criterio de valoración, pues los mismos deben aplicarse por igual a quienes participan en un proceso selectivo. Por ello, teniendo en cuenta que el TC reconoce que se ha vulnerado el principio de igualdad en relación con los aspirantes que sin haber recurrido inicialmente la primera lista de aprobados, sin embargo, con la adopción de los nuevos criterios de valoración debieron entrar en las listas, dicha vulneración constituye una causa de nulidad de pleno derecho, y estos actos se pueden impugnar en cualquier momento, mediante el procedimiento de revisión, por lo que habiéndolo solicitado, la Administración debió tramitar y resolver el procedimiento de

revisión declarando la nulidad del acto administrativo en cuanto a los recurrentes y estimando su pretensión.

“Donde realmente se ha producido el trato discriminatorio entre opositores no está, como sostiene la Abogacía del Estado, entre los que recurrieron en amparo y los que no lo hicieron, sino en el hecho constatado de que la Administración, en su momento, lo único que hizo fue proceder a revisar los exámenes de aquellos opositores que habían recurrido en reposición la inicial lista de los aprobados que figuraban en la Resolución de 7 de septiembre de 1992, pero sin que a estos últimos, entre los que se encontraba la actora de este proceso judicial, le fue revisado su examen, con lo que en la práctica se dio un doble criterio de valoración (...).

Al igual que sostiene la sentencia recurrida, la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 2007 en su Fundamento Jurídico Tercero: (.....) teniendo en cuenta que las sentencias del Tribunal Constitucional antes referidas reconocen que se ha vulnerado el principio de igualdad en relación con los aspirantes que sin haber recurrido inicialmente la primera lista de aprobados, sin embargo, con la adopción de los nuevos criterios de valoración debieron entrar en las listas. Y esta vulneración de un derecho fundamental, es una causa de nulidad de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la ley 30/1992, y estos actos se pueden impugnar en cualquier momento, mediante el procedimiento de revisión previsto en el artículo 102 de esta última ley citada, por lo que habiéndolo solicitado, la Administración debió tramitar y resolver el procedimiento de revisión declarando la nulidad del acto administrativo en cuanto a los recurrentes y estimando su pretensión.

En consecuencia, es evidente que las potestades que se conceden en el artículo 106, no pueden entenderse como un impedimento al ejercicio de la acción por parte de quien ha visto violado un derecho fundamental que según la doctrina del Tribunal Constitucional debiera haber sido reparado de oficio por la propia Administración al haber recurrido admitido un recurso contra el sistema de valoración de un proceso selectivo”.

1.1.10. No es contraria al principio de igualdad la diferente valoración establecida para los méritos de experiencia y antigüedad en función de que el desempeño haya sido como funcionario de carrera o interino.

STS, Sec. 7ª, 3/9/2010, RC 665/2007. El TS anula una Sentencia del TSJ de Andalucía que declaró disconforme a Derecho los puntos a) y b) del apartado 2.2 del artículo 54 del Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios, aprobado por el Decreto 2/2002. En primer término, rechaza los motivos de casación esgrimidos por la Asociación-Asamblea de Interinos de Sevilla y Federación de Asociaciones de Interinos de Andalucía, al considerarse legítimas las diferentes valoraciones relativas a la experiencia y la antigüedad del personal funcionario de carrera y del personal interino. Asimismo, el cese del funcionario interino realizado desde el mismo momento del nombramiento del funcionario de carrera podrá ser en su caso injustificado o arbitrario

(y podrá impugnarse por esta razón), pero no se aparta de lo que establece el art. 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Se acoge el argumento esgrimido por la representación de la Junta de Andalucía, esto es, que es jurídicamente viable valorar de manera distinta la antigüedad según se haya acreditado en puestos adquiridos con carácter definitivo o provisional. Está justificado, pues, el distinto tratamiento objetivo en atención a las diferentes circunstancias que concurren en uno y otro caso de desempeño.

“Lo primero que debe exponerse en apoyo de esa respuesta que acaba de avanzarse es que, aunque ciertamente en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional deben regir los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel exigencia en lo relativo a la publicidad y a los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionario de carrera y para la provisión de puestos con carácter definitivo y, de otro, los que son aplicados para nombramientos temporales o de funcionarios interinos.

A lo anterior debe sumarse que no puede ser invalidada como legítima política de personal la que quiera incentivar a los funcionarios de carrera valorando de manera significativa la experiencia desarrollada con esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo.

Y lo que se deriva de todo lo que acaba de exponerse es que, existiendo datos objetivos para esas diferentes valoraciones de la experiencia y la antigüedad que aquí se discuten, no es de acoger la vulneración del principio de igualdad (y la consiguiente infracción de los artículos 14 y 23 CE) que es denunciada en el recurso de casación de la ASOCIACION, como tampoco las infracciones de la Directiva 99/70 CE y del artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984 (LMRFP) que también pretenden sostenerse en el mismo recurso”.

1.2. Procesos selectivos

1.2.1. Preferencia del sistema de concurso-oposición.

STS, Sec. 7ª, 30/10/2010, RC 2604/2007. La Sala ratifica la sentencia que anuló parcialmente el Decreto de la Presidencia de la Ciudad Autónoma de Melilla de 13 de abril de 1999, en el particular relativo a la resolución del recurso ordinario interpuesto contra Orden de la Consejería de Recursos Humanos, que es anulada por falta de motivación respecto del sistema selectivo elegido de concurso-oposición. No hay vulneración del art. 54 de la ley 30/1992, ya que la fundamentación del sistema de elección, apartándose del previsto en principio como prioritario, no está justificada, sin que pueda servir de argumento en contra, ni el principio de autonomía local, que no puede impedir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, ni que la solución sea distinta para otras situaciones.

“No procede dar lugar al recurso de casación, pues es evidente que como sostiene la sentencia la fundamentación del sistema de elección, apartándose del previsto en principio como prioritario no está justificada, sin que pueda servir de argumento en contra, ni el principio de autonomía local, que no puede

impedir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, ni que la solución sea distinta para otras situaciones, que no son objeto del presente recurso de casación, y que en cualquier caso, no pueden suponer, aun cuando fueren semejantes un argumento para alegar igualdad ante la ley, pues es conocida la jurisprudencia que sostiene que no cabe alegar la igualdad con situaciones potencialmente ilegales”.

1.2.2. Realización de curso selectivo. Derecho reconocido al recurrente en otra casación (1137/2007) a seguir el curso selectivo una vez que superó la fase de pruebas selectivas. Los actos impugnados en el actual proceso son ajenos al recurrente y no afectan al derecho reconocido en aquella.

STS, Sec. 7ª, 23/7/2012, RC 160/2008. Se confirma una sentencia del TSJ de Galicia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución por la que se nombraban funcionarios a los aspirantes que habían superado el proceso selectivo. Las infracciones sustantivas reprochadas a las resoluciones administrativas impugnadas aducen como dato básico el haber tenido como aspirantes que habían superado el proceso selectivo a un número de ellos mayor al de plazas convocadas. El TS parte de la consideración de que en una sentencia suya anterior, de fecha 27/7/2010 (cas. 1137/2007), había declarado el derecho del ahora recurrente a participar en el mismo proceso selectivo al que se refería la convocatoria, con retroacción de actuaciones a dicho momento, y con los efectos jurídicos correspondientes, a determinar en su caso en ejecución de sentencia. Se reconoce, pues, al recurrente, como situación jurídica individualizada en la sentencia de la Sala anteriormente mencionada, el derecho a realizar el curso selectivo que integra la segunda fase del proceso de selección, sin que los actos posteriores que aquí se recurren obstaculicen el ejercicio de su derecho. Consiguientemente, al no afectar a ese derecho la actuación administrativa examinada en la instancia -el nombramiento de funcionarios de carrera-, se desestima el recurso de casación por el efecto útil que es inherente al mismo, que impide acoger las infracciones que puedan alterar ese pronunciamiento.

“Lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que el Sr. Somoza tiene derecho, y así se le reconoce como situación jurídica individualizada en la sentencia de esta Sala que se viene mencionando, a realizar el curso selectivo que integra la segunda fase del proceso de selección, pero los actos posteriores que aquí se recurren no obstaculizan el ejercicio de ese su derecho reconocido en la repetida sentencia de 27 de julio de 2010 (dictada en el recurso de casación 1137/2007) porque se trata de actos posteriores a ella y ajenos al aquí recurrente.

Consiguientemente, no afectando la actuación administrativa aquí controvertida a ese derecho, y teniendo en cuenta que el efecto útil que es inherente al recurso de casación solo permite acoger las infracciones que impongan alterar el pronunciamiento del fallo recurrido, procede la desestimación del presente recurso de casación”.

1.2.3. Abstención/Recusación del Tribunal de oposiciones.

A) Participación de asesor que debió abstenerse. Art. 28.2.a) de la Ley 30/1992.

STS, Sec. 7ª, 19/7/2009, RC 4041/2005. La participación de uno de los miembros del Tribunal en la confección del ejercicio práctico incurre en un supuesto de incompatibilidad que le obligaba a abstenerse, pues había ejercido como preparador en los cinco años anteriores.

“TERCERO.- En cuanto a la intervención del asesor Don Jaime Fernández-Obanza, autor del examen que resultó elegido en el grupo cuarto, aun cuando la sentencia razona que el sorteo se hizo entre dos supuestos, pudiendo haber salido el realizado por otra persona, y que muchos de los recurrentes, también fueron alumnos dentro del plazo de cinco años anterior, en la Academia de estudios de dicho asesor, es evidente que incurría en incompatibilidad, y que debió abstenerse y que su actuación vicia de nulidad el procedimiento, al menos en el cuarto ejercicio, pues no puede descartarse que quien prepara dichos ejercicios realice el supuesto, aunque solo sea por coherencia con lo que el entiende debe ser un ejercicio práctico y presumiéndole la imparcialidad correspondiente, de forma semejante a los realizados con sus alumnos, ello con independencia de que existe una clara causa de abstención, tipificada en el artículo 28 de la ley 30/1992, pues el asesor de un Tribunal, al menos temporalmente, es personal al servicio de la Administración, y dicho asesor tenía interés personal en el asunto, por lo que incurre al menos en el supuesto previsto en el artículo 28.2.a) de dicha Ley, sin que el hecho de que como sostiene la recurrida, según el apartado 3 de dicho precepto la existencia de esa causa de abstención no implica obligatoriamente que deba abstenerse del asunto, tenga relevancia en el caso analizado, pues es evidente que la intervención del citado asesor, durante el ejercicio cuarto fue decisiva, realizando materialmente el contenido del ejercicio cuarto, y asesorando al Tribunal en su calificación así como en la determinación de la nota de corte”.

B) Universidades. Habilitación para el Cuerpo de Profesores Titulares de universidad. Concurrencia en la Comisión juzgadora de la causa de recusación y abstención del artículo 28.2.b) de la Ley 30/1992.

STS, Sec. 7ª, 19/7/2012, RC 2825/2009. Se confirma una sentencia de la Audiencia Nacional que anuló la habilitación para el Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad y decidió retrotraer el procedimiento al momento de la constitución de una nueva Comisión (con sustitución de los miembros recusados). En primer lugar, el TS señala que el análisis de los motivos casacionales tiene que hacerse respetando la premisas fácticas de la sentencia recurrida, que revela una vinculación entre la habilitada y otras personas que resulta de un contrato para la prestación de servicios a terceros en relación con la disciplina a la que se dedican; relación que trasciende el

compañerismo de los profesores destinados en un mismo centro universitario y que, por tanto, tiene encaje en la causa de abstención/recusación prevista en el art. 28.2.b) de la Ley 30/1992, que constituye una garantía de imparcialidad que debe preservarse. En especial, en casos como el de autos, donde la decisión de la Comisión de habilitación no exterioriza un simple acto de voluntad sino un juicio de valoración profesional encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica y, por tanto, caracterizado por un muy amplio margen de apreciación en el que el voto de cada miembro de la citada Comisión es crucial para formar la convicción final. La presencia de dos miembros afectados por la causa reseñada de abstención/recusación irradiaba y contaminaba a los restantes miembros y viciaba de falta de imparcialidad la decisión colegial resultante.

“SEXTO.- Desde la consideración anterior y a partir del planteamiento del recurso de casación de doña NURIA MARCHAL ESCALONA, ya debe decirse que el análisis de sus dos motivos tiene que hacerse respetando la premisas fácticas de la sentencia recurrida y, muy particularmente, teniendo en cuenta los hechos que se relatan en la siguiente declaración.

"(...) resta el examen de los motivos de recusación ex artículo 28.2.b) de la Ley 30/1992 y su eventual incidencia en la habilitación de la candidata Doña Nuria Marchal Escalona. Esta última pertenecía en las fechas de autos al equipo de colaboradores que Don Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo había formado a raíz de su contrato con la Fundación Empresa-Universidad de Granada para la prestación de servicios a terceros, siendo así que además formaban parte también de dicho equipo en la misma calidad de investigadores colaboradores Don Fernando Esteban de la Rosa, Doña Angeles Lara Aguado y Don Miguel Checa Martínez, de tal modo que un miembro de la Comisión titular y dos de la suplente compartían con Doña Nuria Marchal Escalona, la condición de investigador colaborador del equipo formado por el investigador principal, que a su vez formaba parte de la Comisión titular".

Estos hechos revelan una vinculación entre la Sra. Marchal y esas otras personas que no es la mera relación de compañerismo entre profesores destinados en un mismo centro universitario porque expresa algo más: el compromiso de todos ellos de mantener una relación, distinta de la de la que encarna el núcleo necesario de los derechos y obligaciones inherentes a su estatuto funcional, por la que voluntariamente deciden crear un marco de colaboración personal con la finalidad de ofrecer a terceros servicios de asesoramiento del saber especializado a que profesionalmente se dedican.

Una relación de las características que acaban de apuntarse sí tiene encaje en la causa abstención/recusación del artículo 28.1.b) de la Ley 30/1984 [LRJ/PAC]; y la tiene por esas razones que viene a desarrollar la sentencia recurrida y que, por ser acertadas, aquí merecen asumirse y confirmarse. Son estas (a) en la base de esa causa de abstención/recusación lo que hay es una garantía de imparcialidad; y (b) esa garantía es incompatible con la existencia de un vínculo profesional entre el funcionario y el interesado en el procedimiento administrativo mediante el cual se ofrezcan a terceros servicios de asesoramiento, vínculo que puede consistir bien en compartir un despacho profesional o bien en cualquier otra fórmula asociativa por la que asuman el compromiso de ofrecer conjuntamente esos servicios profesionales.

Por tanto, carece de justificación la aplicación indebida del artículo 28.1.b) de la Ley 30/1984 [LRJ/PAC] que es denunciada en el primer motivo de casación.

El segundo motivo de casación tampoco puede alcanzar éxito por ser igualmente acertadas las razones que desarrolla la sentencia recurrida para atribuir efecto invalidante a la presencia de la causa de abstención/recusación; unas causas que se pueden sintetizar en lo que continúa.

En el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de funcionarios docentes universitarios de que aquí se trata, la decisión que ha de adoptar la correspondiente Comisión de habilitación que resuelve las pruebas no exterioriza un simple acto de voluntad sino un juicio de valoración profesional encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica y, por tanto, caracterizado por un muy amplio margen de apreciación.

Ese amplio margen de apreciación que es posible hace que el debate previo a la decisión tenga una gran importancia y que, por esta razón, en la formación de la convicción final que refleja el voto de cada miembro de la Comisión influyan tanto sus propios criterios como los que haya escuchado en el debate provenientes de otros miembros de la Comisión.

Pues bien, esa interrelación de la totalidad de los miembros de la Comisión que es inherente al debate hace que sea de compartir el razonamiento de la sentencia de instancia de que la presencia de dos miembros afectados por la causa de abstención/recusación irradiaba y contaminaba a los restantes miembros y viciaba de falta de imparcialidad a la decisión colegial.

Y fracasado este segundo motivo del recurso de casación de la Sra. Marchal Escalona, igual suerte merece el motivo único del recurso de casación del Abogado del Estado”.

1.2.4. Subsanación.

A) Concurso-oposición para ingreso en el cuerpo de maestros. Defectuosa acreditación del mérito alegado. Subsanación de la documentación administrativa dentro de los procesos selectivos. Art. 71 Ley 30/92.

STS, Sec. 7ª, 16/5/2012, RC 4664/2011. En el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de presentación extemporánea del mérito alegado, tal y como sostiene la parte recurrente, sino de un simple problema de defectuosa acreditación del mérito invocado en plazo, al no constar en la certificación presentada determinados extremos relativos a la duración de la experiencia docente como maestra que se pretendió hacer valer por la recurrente. Reitera la Sala su doctrina acerca de que debió haberse dado la posibilidad de subsanación de tal defecto a la recurrente por resultar excesiva y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito a quien había acreditado a su tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque faltara alguno de los meramente formales. La aplicación de la base hecha por el tribunal calificador, confirmada en alzada por la Administración así como por la Sala de

instancia, infringió la doctrina sobre la subsanación de méritos defectuosamente acreditados que recogen las sentencias que la Sala menciona.

“CUARTO.- Delimitado así el debate que es objeto del presente recurso de casación, debe adelantarse que el mismo debe ser estimado ya que, en el presente caso, no nos encontramos ante un supuesto de presentación extemporánea del mérito alegado, tal y como acertadamente sostiene la parte recurrente, sino de un simple problema de defectuosa acreditación del mérito invocado en plazo al no constar en la certificación presentada determinados extremos relativos a la duración de la experiencia docente como maestra que se pretendió hacer valer por la recurrente, debiendo, conforme a la doctrina jurisprudencial que viene sosteniendo esta Sala en asuntos análogos, haberse dado la posibilidad de subsanación de tal defecto a la recurrente.

Como decíamos en nuestra sentencia de 24 de enero de 2011 (recurso de casación nº 344/2008) “(...) En efecto, no sólo en la sentencia de 4 de febrero de 2003 dictada en el recurso de casación en interés de la ley 3437/2001 nos hemos ocupado de la cuestión de la subsanación en los procedimientos selectivos. También lo hemos hecho con posterioridad en otros supuestos que no se referían a los requisitos de participación sino también a la justificación de los méritos ante la negativa de la Administración a aceptar documentos que juzgaba no ajustados a las bases de la convocatoria: entre otras en las sentencias de 11 de octubre de 2010 (casación 4236/2009), 30 de diciembre de 2009 (casación 1842/2007), 10 de junio de 2006 (casación 3244/2006), 16 de abril de 2008 (casación 5382/2003), 14 de septiembre de 2004 (casación 2400/1999). En estos casos, hemos tutelado las pretensiones de los participantes en distintos procesos selectivos para el ingreso a la función pública de que fueran tenidos en cuenta los méritos que alegaban siempre que hubieran sido aducidos y justificados documentalmenente en el momento establecido aunque esa justificación hubiera debido ser aclarada o subsanada ulteriormente. Es decir, en supuestos semejantes a este. En todos ellos hemos considerado excesivo y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito a quien había acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubiera satisfecho alguno de los meramente formales”.

Asimismo, señalábamos en la sentencia de 28 de septiembre de 2010 (recurso de casación nº 1756/2007) que “(...) En efecto en los procesos selectivos se determina un "dies ad quem" para la presentación de méritos, al objeto de cerrar en ese momento los que sean de posible alegación y todo ello en virtud del principio de seguridad jurídica, Sin embargo, en el presente caso no estamos ante la presentación extemporánea de un mérito, sino en la acreditación del mismo (...).”.

En definitiva, consideramos que, en el presente caso, la aplicación de la base hecha por el tribunal calificador, confirmada en alzada por la Administración así como por la Sala de instancia, infringió la doctrina sobre la subsanación de méritos defectuosamente acreditados que recogen las sentencias antes citadas. Si el tribunal calificador entendió que los certificados aportados por la recurrente no se ajustaban a lo exigido en las bases por cuanto, conforme a ellas, resultaba preciso especificar en los mismos las fechas exactas de

comienzo y terminación de las funciones prestadas y que, pese a que en todos ellos se empleaba la preposición “durante”, existían dudas razonables sobre la duración real de los servicios como maestra de Educación Infantil de la recurrente, no entendiendo que de su literalidad cabía inferir la idea de que tales funciones docentes se habían prestado de manera continuada e ininterrumpida en los distintos cursos escolares a los que se hacía referencia, se debió haber solicitado la subsanación correspondiente o haber aceptado la documentación adjuntada junto con el escrito interponiendo el recurso de alzada puesto que la propia Administración reconoce en la nota aclaratoria suscrita por la Jefa de Servicio de Gestión del Profesorado de Educación Infantil, Primaria y Especial (folios 51 y 52 del expediente), que en dichos documentos sí constan los datos referidos a la fecha de comienzo y continuidad”.

B) No resulta aplicable el art. 79.1 de la Ley 30/1992 a los procedimientos selectivos. Posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados en virtud del art. 71 de la misma Ley.

STS, Sec. 7ª, 9/7/2012, RC 4644/2011. Se confirma una sentencia del TSJ de Andalucía que reconoció el derecho de la entonces recurrente a ser nombrada como funcionaria de carrera. El TS señala que el art. 79.1 de la Ley 30/1992, que establece que los interesados podrán aportar documentos en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, no resulta aplicable a los procedimientos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los de los solicitantes. No obstante, sí resulta aplicable a los procedimientos selectivos el art. 71 de dicha Ley, que contempla el trámite de subsanación de defectos. Ello no significa ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria, que son de obligado cumplimiento por los participantes. No se trata, en el caso de autos, de la presentación extemporánea de un mérito, sino de su defectuosa acreditación, no tampoco de autorizar la presentación de nuevos méritos fuera de plazo, sino de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado. La circunstancia de que la Administración no requiriese a la interesada para la subsanación de los defectos hace que resultara plenamente admisible y ajustada al principio de igualdad la posibilidad de aducir alegaciones por parte de la misma, así como de completar la documentación inicialmente aportada. Finalmente, se descarta la infracción de la jurisprudencia recaída en relación con la discrecionalidad técnica, pues no se cuestiona la concreta valoración de méritos.

“La Sentencia de este Tribunal, de 4 de febrero de 2003, dictada en recurso de casación en interés de ley número 3437/01, admite expresamente que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es plenamente aplicable en los procesos selectivos, al considerar en su fundamento de derecho sexto que “resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/92, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los

requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado”.

Con posterioridad, son varios los pronunciamientos de esta Sala que se ratifican en la precitada doctrina, contenidos, entre otras, en sentencias, de 14 de septiembre de 2004 (casación 2400/99); 4 de mayo de 2009 (casación 5279/05); 30 de diciembre de 2009 (casación 1842/07); 28 de septiembre de 2010 (casación 1756/07); 20 de mayo de 2011 (casación 3481/09); 22 de noviembre de 2011 (casación 6984/10), y 25 de noviembre de 2011 (casación 6455/11). Tales resoluciones señalan, entre otras consideraciones, que el razonamiento de la Sala no significa ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria, dado que, ciertamente, los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103 CE); se añade que, en principio, no estamos ante la presentación extemporánea de un mérito, sino ante su defectuosa acreditación; razón por la que es preciso insistir en que no se trata de autorizar la presentación de nuevos méritos fuera de plazo, sino de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado; por último, que esta línea jurisprudencial de amplitud en la aplicabilidad del artículo 71 de la Ley 30/1992 en procedimientos selectivos, resulta predicable, no solo respecto de las omisiones en la solicitud inicial, sino en ulteriores fases del procedimiento, como es la fase de concurso y la acreditación de méritos alegados en él.

Por último, la más reciente Sentencia, de 11 de junio de 2012, reitera que esta Sala y Sección “se ha mostrado favorable a la posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados, al estimar excesivo y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito en los casos en que los aspirantes hubieran acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubieran satisfecho alguno de los meramente formales (por todas, sentencia de 24 de enero de 2011 recaída en el recurso de casación nº 344/2008)”.

QUINTO.- En base a ello, procede rechazar el motivo expuesto. Y ello por cuanto, en el supuesto enjuiciado, la actora, Sra. Novillo, presentó, junto con su solicitud de participación en el proceso selectivo (folio 122 del expediente administrativo), la documentación justificativa de los méritos esgrimidos, conforme a las bases de la convocatoria. Así, respecto a los servicios prestados en Cuerpo homólogo (Base 3.1.a), aportó sendos certificados de la Administración de Castilla-La Mancha (folios 128 y 129), acreditativos de los servicios prestados durante más de diez años en la Administración de dicha Comunidad Autónoma como funcionaria interina, en sendos puestos de Técnico Superior de las Consejerías de Sanidad y Educación y Ciencia. Y en relación a

los ejercicios aprobados para el acceso a Cuerpo homólogo (Base 3.2.d), además de presentar la declaración exigida sobre los tres ejercicios aprobados, se aportaron otros tantos certificados de la Escuela de Administración Regional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (folios 178, 179 y 180), acreditativos de haber superado la primera prueba de los procesos selectivos para el ingreso en el Cuerpo Superior, convocados por la Consejería de Presidencia de esta Administración autonómica, en los años 1991, 1995 y 2002.

Con posterioridad, una vez publicada la lista provisional de aprobados y relación de aspirantes con baremo revisado por la Comisión, en la que constaba la nula puntuación de los anteriores conceptos, la citada formuló sendas alegaciones mediante sucesivos escritos, junto con los que aportó nuevas certificaciones emitidas por las Consejerías de Sanidad y Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en las que se reiteraba que Doña Ángela Novillo Novillo había prestado servicios como funcionaria interina del grupo A, en el puesto de trabajo de Técnico Superior de la Dirección General de Consumo, puesto de código funcional 05851, desde el 22-12-1993 hasta el 6-11-2003, y en la Viceconsejería de Universidades, Investigación e Innovación, puesto de código 00503, en la fecha de su emisión (15 de junio de 2005); tratándose en ambos casos de Área Funcional A008 de Administración General, nivel de proporcionalidad 10 (folios 195 y 196).

Frente a la resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, de 6 de febrero de 2006, por la que se hizo pública la relación definitiva de aprobados, la Sra. Novillo formuló recurso de alzada, en el que acompañó nuevamente las certificaciones anteriores, junto con informe emitido por el Director General de la Función Pública de Castilla-La Mancha, referente a la homologación de cuerpos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con el Cuerpo Superior, Especialidad de de Administración General de la Junta de Andalucía, de 19 de septiembre de 2005 (folios 54 y 55).

Conforme a la jurisprudencia de la Sala que ha quedado expuesta, nos hallamos, no ante la presentación extemporánea de unos concretos méritos, sino frente a la aportación de nuevos elementos justificativos del concreto alcance de aquéllos, con el fin de subsanar las posibles lagunas o carencias que pudieran ofrecer los documentos inicialmente aportados en su justificación y que, aparentemente, determinaron su no valoración por parte de la Comisión de selección, por razones que no han sido exteriorizadas.

La circunstancia de que la Administración no requiriese a la interesada para la subsanación de los defectos que, en su caso, impedían la valoración de los méritos esgrimidos, conforme a las previsiones del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, hace que resultara plenamente admisible y ajustada al principio de igualdad la posibilidad de aducir alegaciones por parte de aquélla, así como de completar la documentación inicialmente aportada, en aras a agotar todas las posibilidades de acreditación de los méritos en cuestión; todo ello, en concordancia con las propias bases de la convocatoria y de la jurisprudencia que ha quedado expuesta.

Así lo ha entendido esta Sala y Sección en sentencias, de 30 de marzo de 2009 (casación 1744/07); 20 de abril de 2009 (casación 2138/07), y 24 de junio de 2009 (casación 3144/07); todas ellas dictadas en relación con idénticos supuestos, de participación en las mismas pruebas selectivas convocadas por la

Junta de Andalucía, el 19 de octubre de 2004, en los que la Administración no aceptó los documentos aportados en fase de alegaciones, por haberse presentado fuera de plazo y entender que debieron incluirse con la solicitud de participación en el proceso selectivo.

En la primera de las referidas resoluciones, se sostiene lo siguiente: “Los aspectos esenciales para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la base 3.1.a), estaban por tanto ya en la documentación presentada con la solicitud y no se ve por qué no puede considerarse la labor, realizada en sede administrativa (...) A este respecto, las certificaciones de los funcionarios aportadas en fase de alegaciones arrojan luz añadida en el sentido que se viene defendiendo y corroboran que esa experiencia debió ser valorada”.

En la de 24 de junio de 2009, se concluye: “(...) procede estimar el recurso contencioso administrativo de la Sra. Amate Ávila, precisamente por no haber despejado la Junta de Andalucía la apariencia de desigualdad que se ha descrito y haber actuado de una manera contradictoria sin explicar las razones por las que, en ese contexto, una experiencia profesional que la comisión de selección valoró en un primer momento como adecuada a las bases, luego dejó de serlo. Explicación que tendría que haber incluido los motivos que determinaron la inicial aceptación de la misma y los que, posteriormente, condujeron a la conclusión contraria”.

1.2.5. Presunción de acierto de los acuerdos del Tribunal. Pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía. Control de la discrecionalidad técnica. La Administración no explicó los suspensos sobrevenidos a raíz de una anotación negativa que se le impuso al recurrente.

STS, Sec. 7ª, 16/5/2012, RC 1235/2011. El TS anula una Sentencia del TSJ de Madrid así como una Resolución del Director General de la Policía y de la Guardia Civil que dispuso la baja del recurrente como Policía alumno. Sostiene que la Sala de instancia realizó una valoración de la prueba que le llevó a alcanzar conclusiones arbitrarias e ilógicas. En concreto, no resulta razonable que la Sala de instancia, tras valorar la documentación obrante en actuaciones y una vez verificado que la reducción de puntos en las notas finales del recurrente efectivamente existió y que ello determinó los suspensos de asignaturas, no estimara el recurso, puesto que la Administración no aportó razón alguna que pudiera servir de fundamento o justificación a los suspensos sobrevenidos a raíz de la anotación negativa que se le impuso al recurrente. Además, la Administración no justificó debidamente la razón por la que asignaba una concreta puntuación al recurrente por cada pregunta. Si bien los actos de los tribunales de oposiciones gozan de una presunción de certeza, se trata de una presunción *iuris tantum*, de suerte que el control judicial llega también a lo que se denomina "núcleo material de la decisión técnica" y puede suponer la anulación de los actos que se funden en ella cuando ese juicio técnico, en función de los hechos acreditados, no sea razonable, como es el caso. A ello se añade que la destrucción de los exámenes del resto de alumnos imposibilitó verificar la identidad en la aplicación de los criterios de corrección.

“Trasladados tales razonamientos al presente caso, nos encontramos con que, en la corrección efectuada del examen de la asignatura “actuaciones policiales documentadas”, únicamente figuran determinadas anotaciones en el contenido de las contestaciones dadas por el recurrente a las diferentes preguntas y la asignación, enmarcada en un círculo, de la puntuación correspondiente a cada una de ellas cuya suma determinaron la nota final de 4,70, que fue la que supuso que se le tuviera por no superado el curso de formación. Ninguna explicación ni precisión ofrece la Administración de los motivos y razones por los que tales anotaciones se tradujeron en la concreta puntuación numérica conferida a cada pregunta, lo que determina, a juicio de la Sala, una ausencia de motivación inaceptable y que, por otro lado, resultaba imprescindible, en mayor medida si cabe, en un caso como el presente en que el recurrente ya había demostrado en un primer examen su aptitud y capacidad, siendo únicamente cuestiones ajenas a estos parámetros las que interfirieron en su nota y determinaron, de forma absolutamente injustificada como ya se expuso anteriormente, que el recurrente tuviera que volver a examinarse en convocatoria extraordinaria.

Asimismo y aun siendo verdad que, en atención a la preparación y objetividad que se les atribuye, los actos de los tribunales y comisiones de calificación gozan de una presunción de certeza, se trata de una presunción iuris tantum, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario por lo que, de este modo, el control judicial llega también a lo que se denomina "núcleo material de la decisión técnica" y puede suponer la anulación de los actos que se funden en ella cuando ese juicio técnico, en función de los hechos acreditados, no es razonable. Hay que darle la razón nuevamente al recurrente cuando censura la indebida destrucción de los exámenes del resto de alumnos que se examinaron de la asignatura controvertida puesto que ello imposibilitó que, a través de la correspondiente prueba y del debido contraste entre unos exámenes y otros, se verificara si los criterios de corrección fueron aplicados de forma idéntica a todos ellos o si, por el contrario y tal y como sostiene el recurrente, en su caso se aplicaron de manera excesivamente rigurosa y severa”.

1.2.6. Valoración de méritos

A) Es computable como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de Religión. Competencia de las autoridades eclesiásticas para determinar quienes sean las personas cualificadas para esa enseñanza.

STS, Sec. 7ª, 5/7/2012, RC 77/2010. Se desestima el recurso de casación en interés de la Ley que pretende fijar como doctrina legal que la impartición de la asignatura de Religión no computa cuando se aspire al ejercicio de la actividad docente en otra asignatura. El TS recuerda que, a efectos de valoración de méritos, es ajustada a Derecho la decisión de computar como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de Religión, y que la misma forma parte de conjunto de áreas educativas en los diferentes niveles establecidos por la legislación de educación, siendo de oferta obligatoria para todos los Centros, aunque voluntaria su aceptación para los alumnos o,

en su caso, los padres, estando sujeta su impartición a las mismas prescripciones que las demás asignaturas fundamentales. Asimismo se descarta la infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad por el hecho de valorar la experiencia docente adquirida por la recurrente como profesora de Religión, ya que lo que realmente se cuestiona con ese planteamiento no tiene que ver propiamente con la experiencia docente en sí, sino con el acceso a la función. Son únicamente las Iglesias, no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales.

“Al examinar la cuestión planteada procede estimar la concurrencia del grave daño al interés general, en coherencia con lo manifestado con el Ministerio Fiscal y en cuanto al carácter erróneo de la sentencia recurrida procede subrayar que esta misma Sala y Sección, en sentencia de 17 de julio de 2006 (cas. núm. 5382/2000), posteriormente reproducida en las de 25 de septiembre de 2006 (cas. núm. 7493/2000 -F.D. 4º-) y 6 de marzo de 2012, al resolver el recurso de casación nº 1444/2010, ha declarado que, a efectos de valoración de méritos, es ajustada a derecho la decisión de computar como experiencia docente la referida a la enseñanza de la asignatura de religión.

Decíamos en el fundamento de derecho octavo de la primera de las sentencias citadas, lo siguiente:

«(...) En cuanto a la idoneidad de la enseñanza de la Religión para ser valorada como mérito conforme al apartado 1.1 del Anexo III de la Orden de convocatoria, hay que asumir, igualmente, el criterio observado por la Sentencia. De la regulación que le dedica el Real Decreto 2348/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la Enseñanza de la Religión, puede justificarse un tratamiento de la misma equiparable a la de las especialidades contempladas en el mencionado apartado 1.1. Hay que tener presente, en este sentido, que el Anexo III diferencia entre sus apartados 1.1 y 1.3 no tanto en razón de la naturaleza administrativa o laboral de la relación del profesor con la Administración educativa, sino en atención a la materia objeto de la docencia que se quiere hacer valer. La distinta puntuación por curso académico (1,5 ó 0,750 puntos) considerada en cada uno de ellos, obedece principalmente a que se haya enseñado en algunas de las especialidades del cuerpo al que se opta u otras distintas. Si, además, se tiene presente que los profesores de Religión no se integran en un Cuerpo funcional, siendo laboral, según la jurisprudencia de la Sala Cuarta y de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, la relación que les une con la Administración, habrá que convenir en que debe primar a estos efectos la voluntad expresada por el preámbulo del Real Decreto 2348/1994 de no restringir el tratamiento de la enseñanza de la Religión como área o materia educativa con condiciones equiparables a las demás enseñanzas fundamentales. (...).».

Asimismo, entre las especialidades contempladas en el Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, regulador de los concursos de traslado de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos Docentes, no se encuentra la de profesor de religión, no lo es menos que, tal como afirmamos en nuestra sentencia de 14 de octubre de 2009 (cas. núm. 1597/2006 –F.D. 4º-),

atendiendo a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/2002, sobre calidad de la enseñanza y en los artículos 1 y 5 del Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre:

«(...) la enseñanza de la Religión Católica, forma parte de conjunto de áreas educativas en los diferentes niveles establecidos por la legislación de educación, siendo de oferta obligatoria para todos los Centros, aunque voluntaria su aceptación para los alumnos o, en su caso, los padres, estando sujeta su impartición a las mismas prescripciones que las demás asignaturas fundamentales, sin otro elemento diferenciador que el placet o juicio favorable del Ordinario Diocesano a la designación del Profesor, que se había realizado por la Autoridad Académica. De lo que se infiere que la experiencia docente que deriva de su genérica impartición en Centros Públicos, debía ser incluida como mérito a valorar en la fase de concurso, conforme a la base 8ª.6, y Anexo IV de las de la prueba selectiva, entendiendo a esos solos efectos los términos legales área educativa como especialidad, interpretada la norma del concurso bajo la perspectiva de la citada Ley Orgánica y del Acuerdo con la Santa Sede de 1979, normativa que por su rango ha de imponerse al sentido que pudiera extraerse de aquellos Reales Decretos en que la Administración Educativa fundó las resoluciones denegatorias que inicialmente se recurrieron en fase administrativa. Y dado que, en definitiva la solución contraria vulneraría la equiparación que a los efectos educativos indicados, se establece en los Acuerdos entre la Santa Sede y España.(...)»

Por otra parte, en la STS 3ª, 7ª de 29 de junio de 2012 al resolver el recurso de casación en interés de ley 75/2010, ya subrayamos que no resultaba estimable el argumento que la enseñanza de religión no pueda ser valorable, pues quien la haya impartido demuestra ese mismo conocimiento del sistema legal educativo y del funcionamiento y organización de sus Centros, lo que es el eje central del mérito correspondiente a la experiencia docente.

SSEXTO.- Además, no podemos compartir el argumento de la parte actora sobre la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2, en relación con el 103.3 de la CE) por el hecho de valorar la experiencia docente adquirida por la recurrente como profesora de religión, cuando no existe dicha especialidad, pues la mencionada infracción nunca podría derivarse del acto de valoración de méritos, sino, en su caso, del hecho de vincular la contratación laboral de los profesores de religión por las Administraciones educativas, a la previa declaración eclesiástica de idoneidad, es decir, a criterios religiosos o confesionales. En otros términos, lo que realmente se cuestiona con ese planteamiento no tiene que ver propiamente con la experiencia docente en sí, sino con el acceso a la función.

Y tal cuestión ha sido resuelta en sentido negativo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 38/2007 (Pleno), de 15 de febrero, (C.I. núm. 4831/2002), en cuyo F.J. 9º concluye lo siguiente:

«(...) Pues bien, en el caso ahora analizado la exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no puede considerarse arbitraria o irrazonable ni ajena a los principios de mérito y capacidad y, desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y

exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica.

La facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. Siendo ello así, y articulada la correspondiente cooperación a este respecto (art. 16.3 CE) mediante la contratación por las Administraciones públicas de los profesores correspondientes, habremos de concluir que la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE).

SÉPTIMO.- En efecto, a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos y las comunidades del art. 16.1 CE no resultaría imaginable que las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello. Son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales. En consecuencia, si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el art. III del Acuerdo de 1979 no atribuye a la autoridad eclesiástica la facultad de «designar» a las personas que hayan de impartir la enseñanza religiosa, limitándose a señalar que éstas serán designadas por la autoridad académica «entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga», lo que permite que, concurrente el requisito de capacidad que, a través de la previa Declaración Eclesiástica de Idoneidad, conduce a la propuesta de la autoridad eclesiástica, continúe rigiendo plenamente en el proceso de designación el derecho de los ciudadanos a la igualdad en el acceso al empleo público en base a criterios de mérito y capacidad”.

B) Pruebas selectivas para ingreso en Cuerpo de Veterinarios. Desproporcionada valoración de los servicios prestados como interino. También procede la valoración de los prestados en régimen de contratación laboral siempre que se desarrollen las mismas funciones.

STS, Sec. 7ª, 25/4/2012, RC 904/2011. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por una Comunidad autónoma contra sentencia de TSJ que estimó el recurso promovido por una aspirante a las pruebas selectivas convocadas en el marco de un

proceso de reducción de la temporalidad, para el ingreso en el Cuerpo de Veterinarios, anulando una de las bases de la convocatoria y ordenando a la Administración que la redactara de nuevo valorando los servicios prestados en régimen de contratación laboral de carácter temporal. La Sala estima el recurso de casación al apreciar la incongruencia de la sentencia recurrida y, entrando en el debate de instancia, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo. Para ello, rechaza por un lado que la interpretación de las bases llevada a cabo por el Tribunal Calificador sea arbitraria cuando admitió la valoración de los servicios prestados en régimen de sustitución ya que es objetivamente apreciable la identidad de los servicios prestados en régimen de interinidad y en régimen de sustitución. Por otro lado, en relación con la posibilidad de valoración de los servicios prestados en régimen de contratación laboral de carácter temporal, la Sala estima tal pretensión acordando que deben ser objeto de valoración siempre que sus funciones sean coincidentes con la de los interinos por cuanto la valoración de los méritos prestados en interinidad no puede configurarse de forma desproporcionada de manera que se impida de facto el acceso en condiciones de igualdad.

“CUARTO.- El primero de los motivos de nulidad que plantea la demanda no puede ser acogido puesto que es posible una interpretación integradora de las mismas en el sentido realizado por el Tribunal Calificador y admitir la valoración de los servicios prestados en régimen de sustitución por equiparación con los que lo fueron en régimen de interinidad, sin que esa decisión pueda reputarse arbitraria o discriminatoria puesto que tal y como alega la Administración es objetivamente apreciable la identidad de los servicios prestados en régimen de interinidad y de sustitución, ello en función de que el sustituto se coloca, por definición, en el desempeño pleno de las funciones del titular del puesto de trabajo y realizando las mismas funciones que él, siendo prueba evidente de ello la igualdad de régimen jurídico que se desprende de la Disposición Final Primera del Decreto autonómico 1/1995.

Respecto a la posibilidad de valoración de los servicios prestados en régimen de contratación laboral de carácter temporal, en clara alusión a los prestados en campañas de saneamiento ganadero y similares. Debe señalarse que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en las STS de 31 de mayo y 8 de junio de 2005, en las que se dilucidaban casos similares al ahora analizado. De estas sentencias, que efectúan una exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en casos similares, puede extraerse como conclusión la de que la valoración de los méritos prestados en régimen de interinidad no puede configurarse en forma tal que haga ilusorio el derecho al acceso en condiciones de igualdad de los demás aspirantes conforme al mérito y capacidad acreditado de cada uno de ellos, lo cual determinaría una vulneración del artículo 23.2º de la Constitución Española.

Pero se aprecia, ciertamente, que la base de la convocatoria de referencia establece una valoración desproporcionada de los servicios prestados en régimen de interinidad en la Comunidad de Castilla y León, que ponderada en relación con la puntuación que puede conseguirse en la fase de oposición y por el otro mérito, hace ilusorio en la práctica el acceso a las plazas convocadas, en condiciones de igualdad, y ello no sólo a quienes no hayan prestado servicios en ese régimen, sino también a aquellos que los hubiesen desempeñado pero en administraciones distintas, e incluso a los que los hayan acreditado como funcionarios de carrera, en este caso cualquiera que fuera la Administración en

que se hubiesen prestado los mismos. Y aunque efectivamente se trate de un proceso abierto, en el que puedan participar todos aquellos que lo deseen y reúnan las condiciones de capacidad, no puede sin embargo ser tal posibilidad de concurrencia meramente formal, sino que como antes decíamos debe conciliarse la valoración de este mérito de los servicios prestados con los demás posibles de otros aspirantes, para no hacer ilusoria la posibilidad de acceso de los mismos a las plazas convocadas.

Y todo ello conduce a la estimación de la pretensión deducida, sobre todo si se advierte la ineficacia de la base litigiosa acordada en virtud de sentencia firme dictada por la Sala de instancia, de 25 de septiembre de 2009, recurso cont. 839/2006 en procedimiento análogo al presente que ya declaró la anulación de la base 7.2.a), en razón de los motivos que han quedado apuntados, al apreciarse la vulneración del repetido artículo 23.2 de la Constitución Española; sin que sea dable ahora a esta Sala configurar el mérito que se anula, ni por tanto establecer la nueva regulación concreta que habría de tener la citada base, ya que ello lo prohíbe el artículo 71.2 de la L.J.C.A. cuando dispone que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Ello no obstante, y con un fin clarificador, sí que es oportuno advertir que la Administración, en la nueva redacción, habrá de observar los aludidos principios, lo que lógicamente supondrá que se valoren los servicios prestados en valoración de los servicios prestados en régimen de contratación laboral.

La estimación de la pretensión sólo podrá ser parcial, ya que, y aún cuando la parte actora tengan razón en que tales servicios hayan de ser efectivamente valorados de alguna manera, no la tienen sin embargo en que hayan de serlo en todos los casos de contratación laboral de una forma igualitaria con la puntuación otorgada al personal interino, ya que tal solución sólo podrá adoptarse cuando quede acreditado que el ámbito de sus cometidos presente un contenido funcional sustancialmente coincidente con el de los funcionarios interinos.

Con todo ello lo que procede, en fin, es que la Administración demandada lleve a cabo una valoración de los servicios prestados que incluya los que lo hubiesen sido bajo formas de contratación laboral temporal distintas de la interinidad, respetando en todo caso criterios de proporcionalidad.

Como ya hemos adelantado este motivo del recurso debe ser acogido en tanto la resolución administrativa no valora los servicios prestados en régimen de contratación laboral de carácter temporal, ordenando a la Administración que redacte de nuevo la base valorando tales servicios y de forma que quede preservado el principio de proporcionalidad, conservándose las fases del proceso selectivo que pudieran haberse celebrado distintas y precedentes al concurso de méritos. Por ello la Sala declara la estimación parcial de recurso contencioso administrativo planteado contra la Orden de la Consejería de Administración Autonómica por la que se desestiman los recursos de alzada interpuesto por D^a Eva Temerón Casado y otras contra la Resolución de 18 de abril de 2007 dictada por el Tribunal Calificador por el que se hace pública la relación definitiva de méritos de los aspirantes participantes en el Concurso-Oposición convocado en el marco del Proceso de Consolidación de Empleo

Temporal y estabilidad en el Empleo de Personal Sanitario por Orden PAT/334/2006, de 7 de marzo (BOCyL de 8 de marzo)”.

C) Servicio de Salud. Baremo de méritos que prima a los especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria vía MIR en perjuicio de otros titulados que acceden a dicho título por otra vía. Trato discriminatorio carente de justificación.

STS, Sec. 7ª, 4/7/2012, RC 4798/2010. La Sala estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso promovido contra la resolución de un Servicio de Salud autonómico por la que se modificaron determinados apartados del Pacto sobre contratación de personal temporal y sobre promoción interna temporal del personal de dicho Servicio, confirmando la legalidad del baremo de méritos que incluía al no entender que la diferente valoración que introducía, primando el título de especialista en Medicina Familiar y Comunitaria obtenido por la vía MIR sobre otras posibilidades, infringía el principio de igualdad. La Sala estima el recurso al apreciar, por un lado, que la parte recurrente interesó la anulación de la resolución recurrida, no sobre la base del principio de igualdad, sino por la inaplicación del Real Decreto sobre acceso excepcional al título de Médico en dicha Especialidad. Seguidamente, la Sala subraya que sobre dicho Real Decreto ya se pronunció confirmando la legalidad del artículo que invoca la recurrente en apoyo de su pretensión y que, en esencia, impone la equivalencia en la valoración del título de Especialista obtenido vía MIR y la de aquéllos aspirantes que ejercían dicha Especialidad por otra vía. Por ello, considera que es patente la discriminación para los Médicos Generales generada por el baremo al primar notoriamente a los especialistas con título MIR frente a otros titulados españoles y comunitarios que accedieron a dicha Especialidad por otra vía.

“Expuestas las tesis de la única parte personada en esta casación, se ha de indicar que se aprecia que efectivamente, como alega la parte recurrente en casación, la sentencia de instancia desestimó el recurso con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Española, cuando la parte solicitaba la anulación de la disposición recurrida en aplicación de los apartados 2º y 3º del artículo 4 del Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio, sobre acceso excepcional al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y sobre el ejercicio de la Medicina de Familia en el Sistema Nacional de Salud que disponen que:

«2. Para desempeñar las plazas de Medicina de Familia en centros o servicios, propios, integrados o concertados, del Sistema Nacional de Salud será requisito imprescindible poseer el título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria o la certificación prevista en el art. 3 del Real Decreto 853/1993, de 4 de junio, indistintamente, sin que en ningún caso puedan establecerse preferencias derivadas del cumplimiento de uno u otro requisito.

Los Licenciados en Medicina que desempeñen tales plazas pasarán a ostentar la denominación profesional de Médico de Familia, común a todos ellos tanto si se encuentran en posesión del título de especialista como si son titulares de la certificación antes citada.

3. *En la fase de concurso de las pruebas selectivas para el acceso a plazas de Medicina de Familia no se valorará la mera posesión del título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, sin perjuicio de la valoración del período de formación especializada a través del sistema de residencia en la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, cuya puntuación global en el baremo será equivalente a la que se asigne a un ejercicio profesional como Médico de Familia de entre seis y ocho años».*

La Sentencia de instancia no razona que el establecimiento preferencias derivadas del cumplimiento de uno u otro requisito sea asimilable o equiparable a la solicitud de aplicación del principio de igualdad, ni efectúa consideración alguna sobre en que medida el Baremo recurrido infringía el art. 4.3 del Real Decreto de referencia.

Avanzando en el análisis de la cuestiones planteadas por la parte, debemos indicar que la impugnación del artículo 4.3 del Real Decreto 1.753/1.998 fue ya rechazada en las sentencias de esta Sala de 16 y 17 de septiembre de 2.002 (recursos 435 y 413 de 1.998), 23 de marzo de 2003 (recurso 433/98), 25 de marzo de 2.003 (recurso 416/98), 14 de julio de 2003 (recurso 427/98), 18 de julio de 2003 (recurso 430/98), 18 de julio de 2003 (recurso 432/98), 21 de julio de 2003 (recurso 441/98), 23 de marzo de 2004 (recurso 433/98), 30 de marzo de 2004 (recurso 436/98) y 13 de octubre de 2004 (recurso 434/98).

En todas ellas se reconoció la legalidad del artículo 4.3 del Real Decreto 1753/98, y la doctrina contenida en dichas sentencias puede concretarse en los siguientes puntos:

a) Lo único que previene el artículo 4.3, es que la valoración del mérito consistente en haber seguido el período de formación especializada vía MIR deberá tener en el baremo de los concursos (que naturalmente comprenderá también otros méritos) una puntuación global equivalente a la que se asigna a un ejercicio profesional como Médico de Familia entre seis y ocho años. No conocemos la puntuación que se asignará a este mérito, ni a los demás, que habrá de precisarse en el baremo. La equivalencia, tomando en cuenta el esfuerzo, experiencia y conocimientos que uno y otro mérito comportan, no resulta desproporcionada, ni hay razones para calificarla como absurda, irrazonable o arbitraria. En consecuencia, no existiendo una preferencia de la vía MIR que excluya cualquier otro mérito, y estableciéndose una equivalencia que no es desproporcionada, ni puede convertir la vía MIR en determinante en el momento de resolver el concurso, en el que habrán de valorarse otros méritos, no existe infracción legal o constitucional alguna, ni lesión al principio general de equiparación alegado.

b) El objeto de la norma que se impugnaba era establecer una regla para la valoración de determinados méritos en los concursos, tratando precisamente de evitar un tratamiento desigual o desproporcionado de dichos méritos, por lo que no podíamos apreciar que se produjera infracción del principio general de equiparación entre médicos con título y médicos con certificación.

A la vista de la doctrina jurisprudencial precedente, esta Sala, teniendo en cuenta la legalidad del artículo 4.3 del Real Decreto 1753/98, pero ciñendo su pronunciamiento a la baremación utilizada, en desarrollo de dicha disposición, anuló los baremos en los siguientes casos examinados por esta Sala y Sección:

a) En la STS 14 de diciembre de 1999 se anuló la asignación de doce puntos a los Médicos especialistas que se establece en el baremo contenido en el Anexo VII del Reglamento de la Dirección Territorial del Insalud de Asturias de fecha 7 de julio de 1995.

b) En la STS de 15 de octubre de 2001 se declaró la nulidad del nº 2 del Anexo de la Orden del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña de 12 de enero de 1994, sobre regulación del sistema de provisión de plazas vacantes de facultativos especialistas en los servicios jerárquicos de las Instituciones sanitarias gestionadas en el Instituto Catalán de la Salud.

c) En la STS de 23 de noviembre de 2004, de marcada similitud con el caso aquí examinado, se confirmó el criterio de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que anuló la asignación de 21 puntos contenida en el apartado II, A, 4, a) del Anexo II.1 "Baremo de Méritos de Medicina de Familia" del Acuerdo Sindicatos-Insalud de Aragón de 18 de octubre de 2000 para provisión de plazas de carácter temporal en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Así debemos concluir que en el caso examinado, es patente la clara discriminación y perjuicios para los Médicos Generales, al primar de manera notoria, con 10 puntos al título M.I.R., frente a la experiencia y otros méritos, pues no existe razón legal alguna para consagrar una preferencia del sistema español M.I.R. respecto de los titulados españoles o de otros países comunitarios que acceden al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria por otra vía, dado que para acceder al título, el período M.I.R. es hoy una condición imprescindible, todos los médicos españoles que tienen tal título, pero no han accedido por la vía M.I.R. y los médicos de los demás países comunitarios (cualquiera que sea el sistema por el que hayan accedido) están discriminados, ya que no existe ninguna razón para que se establezca un sistema que beneficie única y exclusivamente a los médicos de familia del sistema de residencia español (hay médicos de familia de otros países comunitarios que han podido acceder al título con requisitos más exigentes y, sin embargo, son tratados discriminatoriamente respecto a los titulados por el sistema M.I.R.).

Este razonamiento conduce a la conclusión de que no se aprecia la concurrencia de la razón objetiva justificadora de tal discriminación, discriminación que no reconoce la sentencia recurrida, por lo que procede anular en este pronunciamiento, cuya confirmación por la sentencia de instancia se anula, rectificando el criterio de la sentencia recurrida, al llegar a la conclusión que puede considerarse que la valoración de los méritos del Baremo carece de una justificación objetiva y razonable, por haber establecido una diferenciación de trato irracional o arbitraria que no aparece debidamente explicitada en el texto de las disposiciones recurridas”.

D) Proceso selectivo. Diferente valoración de experiencia profesional según Administración donde se prestó. Nulidad. Contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Inexistencia de bases consentidas al resultar contrarias a los derechos fundamentales.

STS, Sec. 7ª, 25/4/2012, RC 7091/2010. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por una Comunidad Autónoma contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por un aspirante a una proceso selectivo y acordó la anulación de la baremación de méritos llevada a cabo por el tribunal calificador, ordenando que el mérito consistente en experiencia profesional se valorara de igual manera con independencia de la Administración pública en que se hubiera prestado y dejando sin efecto los apartados de las bases que contradecían la anterior declaración, que quedaban unificados en uno sólo. La Sala confirma la sentencia recurrida ya que considera una cuestión de derecho autonómico la alegación realizada por la Administración recurrente relativa a que las bases eran traslación literal de lo dispuesto en una Ley autonómica. Por otro lado, sostiene que la conclusión alcanzada por la Sala de instancia se ajusta a la doctrina de la Sala que, por un lado, acepta que las bases no impugnadas puedan ser posteriormente enjuiciadas si su regulación resulta contraria a los derechos fundamentales y, por el otro, porque resulta contrario a los principios de igualdad y mérito y capacidad que las convocatorias de las pruebas de acceso a la Administración confieran distinta valoración a la experiencia profesional en función de la Administración donde se hayan desempeñado los servicios, mientras no consten diferencias en el contenido funcional de dichas funciones.

“Dicho esto, además, en el presente caso, la Sala de instancia, analizando las funciones llevadas a cabo por el demandante como Inspector de Turismo en los Consells insulares de Menorca e Ibiza y la normativa autonómica aplicable, llegó a la conclusión de que los servicios prestados eran los mismos que los que vienen ejerciendo dichos Inspectores en la Consejería de Turismo de la Comunidad Autónoma, sin que dichos razonamientos resulten desvirtuados por las alegaciones efectuadas por la Letrada de la Administración autonómica, que, a tal fin, se limita a reiterar que son Administraciones distintas con diferentes sistemas de organización y funcionamiento, si bien, como ya se ha expuesto anteriormente, ello no justifica ni motiva, “per se”, la preferente valoración que las bases contemplan de los servicios que se hayan prestado en la Administración autonómica frente a la experiencia en otras Administraciones, por lo que no cabe sino desestimar el presente recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

Y a lo anterior, no obsta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 107/2003 invocada por la Administración recurrente ya que, como dijimos en la sentencia de 18 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 3013/2008):

“(…) ciertamente el Tribunal Constitucional (TC) viene aceptando que valorar la experiencia en la Administración pública como mérito no es contrario al principio de igualdad, pero se trata de una doctrina principalmente sentada para resolver el contraste entre quienes aportan esa experiencia y quienes no la aportan que, por eso, no es directamente aplicable para decidir la prioridad que

debe darse a la experiencia adquirida en una administración frente a otras; y buena prueba de ello es que la STC 281/1993, de 27 de septiembre, hizo esta declaración:

"Y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de Igualdad. Antes aún, con semejante criterio evaluador se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso a favor de determinadas personas y en detrimento --constitucionalmente inaceptable-- de aquéllas que, contando con la misma experiencia, la han adquirido en otros Ayuntamientos"

E) Experiencia docente en otras Administraciones educativas distintas a la convocante. Aplicación desigual de las bases de la convocatoria.

STS, Sec. 7ª, 6/6/2012, RC 738/2011. El TS confirma una sentencia del TSJ de Castilla y León que reconoció el derecho de la actora a participar en un proceso selectivo, ya que no se le valoró la experiencia docente en otras Administraciones educativas, correspondiente a su título de Técnico Especialista (rama Agraria). Tanto el RD 777/1998 como la base 2.2.2, apartado b) de la convocatoria -que es reproducción del RD- establecían el requisito de la acreditación de experiencia docente durante al menos dos años en centros educativos públicos dependientes de la Consejería de Educación castellano-leonesa. Sin embargo, debe estarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE), que ni en su redacción originaria ni en las sucesivas permite circunscribir el mérito referido a la experiencia docente a la Administración convocante. La LOGSE no sólo no excluye la experiencia docente adquirida en una Administración educativa distinta de la convocante, sino que asigna una "valoración preferente a los servicios prestados en la enseñanza pública" (Disposición Transitoria Quinta), lo que conduce a considerar, como punto de partida, un concepto amplio de enseñanza pública, que comprende la experiencia docente adquirida tanto en el sistema educativo estatal como en los de ámbito autonómico, siendo susceptible por ello de una valoración "ponderada y global". Además, la Administración autonómica se subroga en la experiencia adquirida por la recurrente en el territorio MEC.

"La LOGSE no excluye la experiencia docente, adquirida en una Administración educativa distinta de la convocante, como mérito académico, sino que, por el contrario, asigna una "valoración preferente a los servicios prestados en la enseñanza pública" (Disposición Transitoria Quinta), lo que conduce a considerar, como punto de partida, un concepto amplio de enseñanza pública, que comprende la experiencia docente adquirida, tanto en el sistema educativo estatal, como en los de ámbito autonómico, siendo susceptible por ello de una valoración "ponderada y global".

Así pues, siendo el Real Decreto 777/1998, de 30 de abril, un simple desarrollo reglamentario de la LOGSE, la interpretación del mismo debe efectuarse conforme a la regulación contenida en dicha Ley Orgánica, sin que sea jurídicamente válido derivar de esa disposición reglamentaria unas limitaciones en cuanto al sistema de acceso a la función pública docente, que no estén previstas en esa superior norma de rango legal que desarrollan.

Pero es que además esta Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 777/1998 fue redactada por el Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos Docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo y en el Cuerpo de Inspectores de Educación. El Anexo I de este Real Decreto establece las especificaciones a las que deben ajustarse los baremos de méritos para el ingreso a los Cuerpos de Maestros, Catedráticos y Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Catedráticos y Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Catedráticos y Profesores de Música y Artes Escénicas y Catedráticos, Profesores y Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño. En particular, y por lo que se refiere a la experiencia docente previa, otorga una determinada puntuación por cada año de experiencia docente en especialidades del cuerpo al que opta el aspirante, en centros públicos y, precisa que se entiende por centros públicos los centros integrados en la red pública de centros creados y sostenidos por las Administraciones educativas. No impone, sin embargo, que la experiencia docente a computar se adquiriera en centros de la Administración convocante del proceso selectivo.

Asimismo la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, en su Disposición Adicional undécima, a propósito de la Carrera Docente precisa que:

«El sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas. En la fase de concurso se valorarán, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa. En la fase de oposición se tendrán en cuenta la posesión de conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio docente. Las pruebas se convocarán, según corresponda, de acuerdo con las áreas, materias, asignaturas y módulos que integran el currículo correspondiente. Para la selección de los aspirantes se tendrá en cuenta la valoración de ambas fases del concurso-oposición, sin perjuicio de la superación de las pruebas correspondientes.»

La experiencia docente previa a la que se refiere la Ley de Calidad es la que se precisa reglamentariamente como la adquirida en centros públicos sin limitación alguna por razón de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el centro en cuestión.

Y esa idea es la que sigue, aunque ya no sea aplicable por razones temporales a este caso, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de educación y el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima

de la citada ley que la desarrolla y que se refiere a la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa, hasta los límites legales permitidos.

Es cierto que hay que estar a lo dispuesto por las bases de la convocatoria, que en este caso no se han discutido, y que efectivamente vinculan a la Administración y a quienes intervienen en el proceso selectivo, según se repite con insistencia en pronunciamientos de esta Sala. Ahora bien, en relación con la convocatoria aquí litigiosa, regida, como se ha dicho, por ese Real Decreto 777/1998, debe declararse para las dudas que su texto pueda suscitar lo que antes se ha dicho sobre la necesidad de resolverlas de conformidad con lo regulado en la LOGSE.

Y en el caso de autos la Sra. Franco Santín ha prestado servicios como funcionaria interina en diversos centros de educación en Asturias, siendo profesora en la especialidad de Operaciones de Producción Agraria, antes y después del traspaso de competencias educativas desde el Estado, durante 10 años, 11 meses y 6 días, según acredita mediante certificados, hoja de servicios y acuerdos de nombramiento y formalización de la toma de posesión, aportados conjuntamente con la demanda, resultando, en efecto, contraria a la igualdad dispuesta para esta materia por la LOGSE una interpretación de la base cuestionada, en relación con la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 777/1998, que conduzca a concebir la experiencia acreditada por la actora en la instancia como excluyente o incompatible con la que eventualmente pudiera haber adquirido en el sistema educativo castellano-leonés.

La consecuencia que se deriva de lo anterior es que no está justificada la desigual aplicación de la Ley que se esgrime para sostener que el acceso al Cuerpo de Profesores Técnicos de Formación Profesional exigía acreditar, además de una titulación de Técnico Especialista,, cuya concurrencia las partes no discuten, una experiencia docente de al menos dos años en los centros públicos educativos dependientes de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, con exclusión de la experiencia docente en otra Comunidad Autónoma.

A mayor abundamiento, la Administración recurrente no discute el argumento, que se revela como ratio decidendi de la sentencia impugnada, contenido en el Fundamento de Derecho Segundo in fine, esto es, que no está justificada la no consideración de una experiencia docente adquirida con anterioridad a la existencia de competencias en materia de enseñanza no universitaria por parte de la Consejería de Educación convocante, que ha de entenderse subrogada en la experiencia docente adquirida por la recurrente en la instancia en el ámbito del territorio del Ministerio de Educación hasta la fecha del traspaso de funciones y competencias a la Comunidad Autónoma de Castilla y León operado por el Real Decreto 1340/199, de 31 de julio.

En este sentido, hemos dicho con reiteración que la naturaleza y el objeto del recurso de casación -condensados una y otro en la idea de que aquél no es una segunda instancia y de que viene limitado al enjuiciamiento de las concretas infracciones jurídicas, in iudicando o in procedendo, que la parte recurrente impute a la sentencia que recurre- exigen como consecuencia obligada la crítica de ésta, de su razón de decidir, sin que la parte pueda, por ello, limitarse a reproducir lo que ya argumentó ante la Sala de instancia. Y que «ciertamente la

exigencia de que la crítica se dirija no contra el acto administrativo sino contra la sentencia recurrida es inherente al significado del recurso de casación que tiene como única finalidad depurar la aplicación que del Ordenamiento Jurídico ha efectuado el Tribunal a quo. Como recuerda la sentencia de 4 de mayo de 2005 la necesidad de expresar las razones legales de disenso contra la sentencia trae como consecuencia que la mera reproducción de lo ya alegado y desestimado por la sentencia recurrida, como argumentación básica del recurso intentado, suponga la desestimación del mismo, ya que quien así procede no está sometiendo a crítica fundada la decisión recurrida, ni alegando ante el Tribunal de Casación las razones que puedan desvirtuar los argumentos utilizados» (por todas, sentencias de 8 de abril de 2010 -recurso 1909/2008-; 2 y 16 de diciembre de 2010 -recursos 5621/08; 1877/09 y 4977/09 respectivamente- y 10 de marzo de 2011 - recurso 6547/09- F.D. 5º).

Debe pues, por todo lo expuesto desestimarse el motivo analizado”.

F) Acceso a la condición de Facultativo Especialista del Área de Psiquiatría de Instituciones Sanitarias en la Comunidad Autónoma de Cantabria. No valoración de los servicios prestados en centros privados concertados.

STS, Sec. 7ª, 23/12/2011, RC 6925/2010. La Sala declara haber lugar al recurso de casación y anula la sentencia recurrida únicamente en lo que respecta al pronunciamiento que efectúa en relación con la valoración de los servicios prestados en los centros privados concertados, así como anula el baremo por la diferente valoración que establecían de la experiencia profesional en función de si los servicios se prestaban en instituciones sanitarias de los servicios de salud dependientes de las Administraciones Públicas que presten asistencia sanitaria de la Seguridad Social o en instituciones con programa acreditado para la docencia o, en su caso, en otras entidades sanitarias del sector público español o de la Unión Europea. No son susceptibles de valoración los servicios prestados en el ámbito privado sin que ello suponga, un trato discriminatorio. Además de ser muy diferente el régimen de prestaciones sanitarias concertadas en cuanto a su cantidad y complejidad técnica, las condiciones de acceso laboral a una y otra clase de centros sanitarios son diferentes: en los públicos rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad, mientras que en los privados prima el principio de libertad empresarial.

“Para analizar la cuestión que se plantea en el presente recurso y que, como ya se expuso, se ciñe, únicamente, a la impugnación del pronunciamiento efectuado por la Sala de instancia en relación con los apartados C1 y C2 del baremo del anexo II de la Orden controvertida en la medida que no previeron que de los servicios prestados en centros privados concertados fueran también valorados como experiencia previa, se debe partir de la libertad de configuración de las bases de los procesos selectivos con la que cuenta la Administración, desde el respeto a la legalidad vigente. Pues bien, a juicio de esta Sala, las peculiaridades propias que presenta el desempeño de los servicios sanitarios en centros sanitarios públicos en relación con la de los privados, aún cuando sean concertados, justifican la diferencia de trato que introdujo la referida Orden

cuando optó por valorar, exclusivamente, aquellos servicios y funciones prestados en el ámbito del sector público, no observándose por ello, y a falta de mayores argumentos, el trato discriminatorio y la vulneración del principio de igualdad, mérito y capacidad que apreció la sentencia recurrida.

En este sentido, debemos destacar lo ya dicho por esta Sala en sentencias de 16 de febrero, 23 de marzo, 6 de junio y 13 de octubre de 2011 recaídas en los recursos de casación nº 2164/2008; 2657/2008; 4689/2008 y 314/2009, respectivamente, promovidos por el Gobierno de Cantabria contra sentencias de dicho Tribunal Superior de Justicia que se pronunciaron en relación con la falta de mención como mérito de los servicios prestados en los centros sanitarios concertados en la baremación que se contenía en el Acuerdo para la selección de personal estatutario temporal de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. Y así, en la de 6 de junio de 2011 señalábamos en su Fundamento de derecho segundo que “(...) En efecto, consideramos acertadas las razones ofrecidas por el recurrente para defender que no se puede establecer como regla general la equiparación de todos los centros concertados con los centros públicos sino que se debe resolver caso por caso cuando haya de aplicarse el Acuerdo de selección. En efecto, según alegaba el Gobierno de Cantabria, no todos los centros privados concertados son iguales ni todos son equiparables a los públicos ya que en muchos sólo se conciertan determinados servicios y técnicas sanitarias y no toda la actividad del centro.

Por eso, precisábamos, la mera homologación no basta para suponer sin más la equiparación de los centros sanitarios privados con los centros sanitarios públicos del Sistema Nacional de Salud. Y, de nuevo, coincidíamos con el Gobierno de Cantabria cuando señalaba que las condiciones de acceso a una y otra clase de centros sanitarios para prestar servicios en ellos son diferentes: en los públicos rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad, mientras que en los privados prima el principio de libertad empresarial. Y es diferente, igualmente, la actividad de unos y otros, pues no coinciden la cartera de servicios, el volumen de trabajo, el número de pacientes y usuarios y los medios técnicos utilizados. De ahí que sea distinta la experiencia adquirida en unos y otros. Por ello, la Sala de Santander aplicó indebidamente los principios de igualdad, mérito y capacidad al reprochar al Acuerdo no haber hecho mención expresa a la baremación de los servicios prestados en los centros sanitarios concertados con el SCS porque su procedencia dependerá del concreto centro de que se trate de manera que la existencia o no de una injustificada discriminación deberá valorarse caso por caso”.

Asimismo, se ha de traer a colación igualmente la sentencia de esta Sala y Sección de 12 de mayo de 2008 (recurso de casación nº 10.298/2003) que, en relación con la baremación de los servicios previos sanitarios para acceso a plazas de interino en la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, no apreció que la falta de valoración de los servicios desempeñados en empresas del sector privado vulnerara el principio de igualdad. Decíamos en el Fundamento de derecho cuarto de dicha sentencia que:

“CUARTO.- La Sala no puede sino compartir la sentencia recurrida, pues es evidente que, el hecho de que se computen sólo los méritos de los servicios prestados a las Administraciones Públicas, directa o indirectamente, por sí no supone discriminación alguna contraria a dichos preceptos constitucionales,

pues no tiene porque ser el único mérito a baremar, y por otra parte parece razonable que se valoren estos méritos y no otros, especialmente los del ámbito privado, donde el control de la Administración sobre su realidad es nulo o muy difícil. El hecho de que se cambie de criterio a la hora de valorar los méritos no implica que se vulneren dichos preceptos constitucionales. En consecuencia, como la sentencia justifica, se valoran los méritos de quienes tienen una relación previamente otorgada por la Administración, con la excepción de las Agrupaciones de Defensa Sanitaria, pero lo justifica suficiente y razonablemente por el hecho de que se trata de Asociaciones Sindicales constituidas para la defensa de los intereses profesionales sanitarios, circunstancias que no se dan en los empresarios privados”.

Pues bien, los razonamientos expuestos y los precedentes citados, determinan que se deba estimar el recurso de casación por cuanto la sentencia recurrida aplicó indebidamente los principios de igualdad, mérito y capacidad al reprochar a la Orden recurrida no haber hecho mención expresa a la baremación de los servicios prestados en los centros sanitarios privados concertados”.

G) Pruebas selectivas. Ingreso en Cuerpo Administrativo del País Vasco. Nulidad del baremo que asigna diferente puntuación a los servicios previos prestados en dicha Administración frente a los desempeñados en otras. Vulneración derecho a la igualdad.

STS, Sec. 7ª, 18/5/2011, RC 3013/2008. La Sala estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso interpuesto contra Orden de propuesta de nombramiento de funcionarios de carrera en procesos selectivos para ingreso en el Cuerpo Administrativo de la Administración del País Vasco, declarando la conformidad a derecho del baremo contenido en la convocatoria que valoraba de manera distinta los servicios prestados en dicho Cuerpo Administrativo de los prestados en dicho Cuerpo o análogos del resto de Administraciones Públicas. La Sala señala que para resolver la cuestión debatida debe tenerse en cuenta que la distinta Administración a que corresponda la experiencia valorada será indiferente mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos objeto de comparación y que es a la Administración autora de la Base a la que incumbe la carga de justificar los elementos diferenciales tomados en consideración para disponer el trato desigual. Partiendo de ellas, estima el recurso por cuanto, en principio, hay que suponer una identidad sustancial de las funciones de los Cuerpos Administrativos pertenecientes a todas las Administraciones, sin que se hayan precisado los elementos diferenciales que justifiquen la mayor valoración de los servicios prestados en dicho Cuerpo del País Vasco, no resultando aplicable la doctrina constitucional que acepta que la valoración de la experiencia como mérito no es contraria al principio de igualdad.

“CUARTO.- Todos esos reproches del recurso de casación vienen a suscitar esta misma cuestión: si es constitucionalmente válida, desde el parámetro del derecho a la igualdad consagrado en los artículos 23.2 y 14 CE, esa diferente valoración que la discutida Base 4.3.2.1 dispone para los servicios prestados

según se trate de Administraciones Públicas del País Vasco o del "resto de las Administraciones Públicas".

Para resolver dicha cuestión deben tenerse en cuenta estas dos premisas: que la distinta Administración a que corresponda la experiencia o servicios valorados será indiferente mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos que sean objeto de comparación; y que es a la Administración autora de esa Base a la que incumbe la carga de concretar y justificar los elementos diferenciales tomados en consideración para disponer el trato desigual.

Con el anterior punto de partida la injustificada discriminación que es denunciada en el recurso de casación merece ser compartida por lo que seguidamente se explica.

Lo primero que debe destacarse es que el Cuerpo Administrativo no es privativo de la Administración vasca y se corresponde con tareas administrativas ordinarias de simple tramitación o de colaboración con funciones profesionales más cualificadas, por lo que en principio hay que suponer una sustancial identidad entre todos esos mismos Cuerpos aunque pertenezcan a Administraciones distintas.

Lo segundo a subrayar es que, en su oposición al recurso de casación, la Comunidad Autónoma del País Vasco, para intentar justificar la desigualdad aquí cuestionada, se limita a hablar genéricamente de un modelo vasco de función pública, vertebrado, se dice, a partir de la Ley 6/1989 de la Función Pública Vasca para la totalidad de las Administraciones Públicas Vascas y del que no participan el resto de las Administraciones Públicas; pero, fuera de esta abstracta afirmación, no precisa con un mínimo de detalle cuales son los concretos datos o elementos diferenciales que concurren en los cometidos que tienen asignados los funcionarios vascos del Cuerpo Administrativo para poder apreciar en ellos una distancia en relación con la restantes Administraciones con entidad bastante para justificar esa superior valoración de los servicios que aquí se discute.

Y lo tercero a señalar es que ciertamente el Tribunal Constitucional (TC) viene aceptando que valorar la experiencia en la Administración pública como mérito no es contrario al principio de igualdad, pero se trata de una doctrina principalmente sentada para resolver el contraste entre quienes aportan esa experiencia y quienes no la aportan que, por eso, no es directamente aplicable para decidir la prioridad que debe darse a la experiencia adquirida en una administración frente a otras; y buena prueba de ello es que la STC 281/1993, de 27 de septiembre, hizo esta declaración:

"Y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de Igualdad. Antes aún, con semejante criterio evaluador se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso a favor de determinadas personas y en detrimento --constitucionalmente inaceptable-- de aquéllas que, contando con la misma experiencia, la han adquirido en otros Ayuntamientos".

A lo que antecede debe añadirse que no es válida la razón invocada por la sentencia recurrida para no analizar la denuncia de contradicción con la Constitución de la Base controvertida porque, como resulta de lo que se ha venido exponiendo, en el expediente hay datos bastantes para determinar que, de ser acogida la impugnación de la recurrente, la puntuación que así le correspondería sería superior a la asignada a varias de las personas que, primero, aparecen en la lista de aprobados y, después, en la propuesta de nombramiento acordada por la Orden de 30 de mayo de 2006.

Debe significarse que estos datos han sido aducidos en el escrito del recurso de casación y la Comunidad Autónoma del País Vasco no los ha discutido en su escrito de oposición.

QUINTO.- Lo que se ha expresado impone, como ya ha sido adelantado, estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en la instancia (artículo 95.2.d) de la LJCA), estimar el recurso contencioso-administrativo con el alcance que se indica a continuación.

La estimación del recurso contencioso-administrativo debe serlo en el sentido de anular la actuación administrativa a fin de lo siguiente: reconocer el derecho que reclama a que le sean valorados todos los servicios que tenga prestados en cualquiera Administración Pública a razón de 0,05 puntos por cada mes; corregir la puntuación total que le fue otorgada con el resultado que arroje lo anterior; colocarla en la relación de aprobados con el número de orden que corresponda a la nueva puntuación; y, por último, resolver sobre su nombramiento como funcionaria de conformidad con ese nuevo número de orden”.

H) Aplicación del sistema de ponderación en la valoración de los resultados obtenidos.

STS, Sec. 7ª, 22/9/2010, RC 2210/2007. Se interpone recurso de casación contra sentencia desestimatoria en la instancia en materia de pruebas de acceso a Cuerpos de Educación en el País Vasco. La parte recurrente fundamenta su primer motivo de casación alegando que la posibilidad de proceder a la ponderación de los resultados en el proceso selectivo, y que ampara la sentencia de instancia, carece de cobertura legal. La Sala Tercera, ratificando la sentencia del TSJ, señala que tal posibilidad se hallaba expresamente prevista en las bases de la convocatoria, resultando consentida por las partes al no ser objeto de recurso alguno. En este contexto, el TS señala que la Comisión de Selección, con deber de homogeneizar la actuación de los distintos Tribunales del proceso selectivo, abogó por la ponderación antes de que se conocieran los resultados de los Tribunales. Dicho esto, la Sala acoge sin embargo el motivo de casación alegado al entender que la Comisión llevó a cabo la aplicación del sistema de ponderación de forma incorrecta al alterar el resultado de las actas del Tribunal Calificador, modificando incluso los aprobados y suspendidos, o las calificaciones obtenidas por cada uno de ellos, y en consecuencia la alteración del orden de cada lista en particular, resultando que ésta era una competencia de cada Tribunal.

“Lo cierto es que, tal como se configura en la base 9 , apartados 3 y 4, la posibilidad de ponderar las distintas notas de los Tribunales hubiera permitido por ejemplo realizar una lista definitiva de los aprobados, en atención al número de orden que hubieran obtenido en la correspondiente lista de cada Tribunal, con independencia de la calificación obtenida en el mismo, pero lo que no puede hacer, porque, como sostienen los recurrentes, no existe cobertura legal, es alterar el resultado de las actas del Tribunal Calificador, modificando incluso los aprobados y suspendidos, o las calificaciones obtenidas por cada uno de ellos, y en consecuencia la alteración del orden de cada lista en particular, pues estas son competencias de dicho Tribunal. En definitiva al no aplicar el criterio de ponderación que en principio se había previsto, la Comisión de Clasificación se ajustó a la Ley, y al admitirse el recurso de alzada objeto del recurso contencioso-administrativo, se incurre en violación de la normativa reguladora del sistema de acceso a la función pública”.

I) Plazas de facultativo especialista en Farmacia Hospitalaria. Falta de valoración de formación especializada. Desigualdad de trato no justificada.

STS, Sec. 7ª, 22/9/2010, RC 2210/2007. La Sala estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Instituto Catalán de la Salud por la que se adjudicaron puestos vacantes de facultativos especialistas en Farmacia Hospitalaria de los servicios jerarquizados de instituciones sanitarias de la Seguridad Social. La Sala, tras puntualizar que la no impugnación en su momento de las bases no impide que se puedan cuestionar cuando se argumentan vicios de nulidad de pleno derecho u otros defectos que sólo se han podido combatir más tarde, estima el recurso de casación interpuesto al entender que la no valoración a la recurrente en el referido proceso selectivo de su título de especialista en la antedicha especialidad supone una desproporción o desigualdad ya que no existen motivos que expliquen por qué en unos casos se asigna puntuación por la formación especializada de los aspirantes y en otros, como en el de la recurrente, no, habida cuenta de que todos los títulos de especialista tienen el mismo valor legal. Asimismo, señala que el hecho de que dichas puntuaciones se hayan otorgado conforme a lo establecido en el apartado 2.2 del baremo no justifica la desigualdad ya que la Sala en sentencia anterior ya había anulado un apartado idéntico en relación con un proceso selectivo referido a especialidades médicas. Por ello, la Sala reconoce el derecho de la recurrente a que se le puntúe su formación y a que se le dé la plaza.

“En resumen, nos encontramos con que en el concurso-oposición de referencia no se asignó a la Sra. Grifoll Paredes, a causa de no estar previsto en el baremo aplicable, ningún punto por su formación especializada o, por decirlo en las palabras del Real Decreto-Ley 1/1999, no se le valoró por ese concepto su título oficial de especialista en Farmacia Hospitalaria, sin que haya motivos que expliquen por qué en unos casos se asignan 17,5 puntos o 10 puntos por esa causa y en otros, como el de la recurrente, ninguno, mientras que todos los títulos de especialista tienen el mismo valor legal. Desproporción o desigualdad que descansa en el apartado 2.1 del baremo utilizado cuya falta de justificación

advierte la sentencia de 15 de octubre de 2001 y acepta la Generalidad de Cataluña en los términos expuestos. Ha de repararse, por lo demás, en que no se discute aquí la posibilidad de diferenciar la puntuación correspondiente a la formación especializada en función del procedimiento por el que se haya obtenido, sino la falta, injustificada, de puntuación de la propia de determinados títulos de especialista.

Es de apreciar, en definitiva, la desigualdad de la que se queja la recurrente y, en tanto no ha sido advertida y corregida por la sentencia impugnada, procede acoger los motivos de casación y anularla”.

1.2.7. Discrecionalidad técnica

A) Control de la discrecionalidad técnica de las pruebas selectivas: materias excluidas.

STS, Sec. 7ª, 25/6/2012, RC 3726/2011. El TS confirma una sentencia del TSJ de Andalucía desestimatoria de un recurso en materia de acceso al Cuerpo Superior Facultativo, opción Arquitectura Superior. En primer lugar, se descartan los vicios de incongruencia y falta de motivación que se imputan a la sentencia recurrida en los dos primeros motivos de casación. En cuanto al debate de fondo, son ajenas al ámbito de la discrecionalidad técnica las comprobaciones matemáticas o aritméticas de la puntuación conferida en un proceso selectivo así como la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en la convocatoria. También se reconoce el desacierto de la Sala "a quo" al negar que las posibles deficiencias del Máster que fue alegado por el recurrente como mérito pudieran ser subsanables. Sin embargo, el recurso de casación se desestima por el denominado efecto útil de la casación, toda vez que se comparte el criterio de la Sala de instancia relativo a la falta de relación directa del Máster -cuya puntuación reclama el recurrente- y el temario de acceso al Cuerpo. Se trataba de un Master en Dirección y Gestión Deportiva que no guarda relación directa con dicho temario. El hecho de que el curso fuera sufragado al recurrente por la Junta de Andalucía mientras ostentaba la condición de funcionario interino de la misma, ni la relación de estos estudios con la función pública permiten probar tal relación directa. En fin, la escasa puntuación por unas horas de docencia no es relevante.

“Como acertadamente señala el recurrente, el Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo viene declarando ajenas al ámbito de la discrecionalidad técnica las comprobaciones matemáticas o aritméticas de la puntuación conferida en un proceso selectivo así como la determinación de si un concreto curso cumple o no los requisitos exigidos en la convocatoria (por todas, sentencia de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010, recurso de casación nº 4194/2008).

Asimismo, diversos pronunciamientos de esta Sala y Sección se han mostrado favorables a la posibilidad de que los méritos defectuosamente acreditados en los procesos selectivos puedan ser subsanados, al estimar excesivo y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un

mérito en los casos en que los aspirantes hubieran acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubieran satisfecho alguno de los meramente formales (por todas, sentencia de 24 de enero de 2011 recaída en el recurso de casación nº 344/2008).

Aplicando lo anterior al presente caso, resulta evidente el desacierto de la tesis sostenida por la sentencia recurrida cuando niega que las posibles deficiencias del Máster que fue alegado por el recurrente como mérito pudieran ser subsanables ya que, a falta de toda documentación en el expediente, debemos inferir que el mismo fue acreditado en el plazo previsto en la convocatoria ya que ello es lo que necesariamente se deduce de la decisión de la Administración que descartó su valoración, no por no haberse invocado y acreditado fehacientemente en tiempo, sino por no apreciar que guardara la relación directa con el temario.

Y también yerra la Sala de instancia cuando sitúa la decisión controvertida de la Administración en el ámbito de la discrecionalidad técnica puesto que, como ya hemos dicho, la comprobación de si un curso, en este caso un Máster, satisfacía o no las exigencias de la convocatoria para poder ser puntuable quedaba al margen de dicho ámbito.

Sin embargo y a pesar de lo desacertado de los razonamientos empleados por la Sala de instancia, no se puede estimar el presente recurso, dado el efecto útil del recurso de casación, pues lo cierto es que esta Sala comparte el criterio que alcanza la sentencia recurrida en relación con la falta de relación directa del Máster cuya puntuación reclama el recurrente y el temario de acceso al Cuerpo”.

B) Núcleo material de la decisión de la discrecionalidad técnica. Ingreso en el Cuerpo de Bomberos.

STS, Sec. 7ª, 21/3/2012, RC 5010/2010. Dando lugar al recurso de casación, el TS anula una Sentencia del TSJ de Madrid y, tras rechazar el motivo primero por inadecuación de cauce procesal, procede a realizar un examen conjunto de los motivos primero y segundo, en los que se resuelve que la decisión del Tribunal Calificador no estaba amparada por la discrecionalidad técnica y que, al dar por válida una respuesta que era contraria a las fuentes de datos a las que se remitía las Bases de la Convocatoria, estaba infringiendo las mismas. Para ello parte del denominado "núcleo material de la decisión" de la discrecionalidad técnica y recuerda que las bases de la oposición son la llamada «ley de la oposición o del concurso», de manera que vinculan a la Administración desde luego, pero también a quienes participan en dichas pruebas selectivas. El Alto Tribunal concluye que la respuesta dada por los dos recurrentes fue correcta, por lo que, en virtud de la puntuación correspondiente, se declara el derecho de los dos recurrentes, no así respecto del resto de aprobados, a ser incluidos en la relación de aspirantes que superaron la fase de oposición de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Bomberos, Escala Ejecutiva u operativa de la Comunidad de Madrid.

“SÉPTIMO.- Ante la íntima conexión existente entre el segundo y tercer motivo, en el que se plantea que la decisión de Tribunal no estaba amparada por la

discrecionalidad técnica y que al dar por válida una respuesta que era contraria a las fuentes de datos a las que se remitía las Bases de la Convocatoria estaban infringiendo éstas, procede su examen conjunto.

En el caso de autos la base de fundamentación de la Sentencia de instancia pretende situar en el ámbito de lo que en nuestra jurisprudencia hemos calificado como el "núcleo material de la decisión" el proceder del Tribunal Calificador, a partir del presupuesto de que el Tribunal Calificador al interpretar la Hoja 508 del Mapa Topográfico Nacional, consideró que el Carro del Diablo figura con una altitud de 1569, reflejado justo debajo del nombre, por lo que se aceptó como válida la respuesta d) al estimar el pico "Peña de la Rama" el más alto.

Si tal fuese lo acaecido, nos encontraríamos, sin duda, en el ámbito de lo que nuestra jurisprudencia viene calificando como "núcleo material de la decisión" de la discrecionalidad técnica, y el recurso de casación iría conducido al fracaso. Pero en el caso de autos debemos recordar que el artículo 15.4º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, dispone que "Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas".

Dicho precepto estableció a nivel normativo lo que venía siendo una vieja construcción jurisprudencial, que ya desde la Sentencia de 14 septiembre 1988 consagraba que las bases de la oposición son la llamada «ley de la oposición o del concurso», de manera que vinculan a la Administración desde luego, pero también a los que participan en dichas pruebas selectivas.

Por lo que, para dar respuesta a la cuestión planteada por los recurrentes, es preciso traer a colación las bases, en concreto el ANEXO III de la Orden de 14 de abril de 2003, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas (B.O.C.A.M. de 25 de abril de 2003), por la que se convocaron pruebas selectivas, que bajo el epígrafe "TEMARIO". «La Región de Madrid y los Cuerpos de Bomberos en la Comunidad Autónoma» disponía que "A efectos de la primera fase del primer ejercicio de la oposición, serán de aplicación en cada uno de los temas los datos editados en publicaciones oficiales de la Comunidad de Madrid, o en su caso, los emanados de los Centros Oficiales correspondientes. En este sentido, no serán objeto de examen los datos modificados dentro de un período de seis meses previos a la fecha de cierre de presentación de instancias de la presente convocatoria. (En caso de disparidad entre los datos publicados por los diversos organismos, serán tomados como válidos, en primer lugar, los procedentes del Organismo Oficial facultado en la materia concreta y en segundo lugar, los procedentes de la Comunidad de Madrid. Caso de conflicto entre datos publicados por la Comunidad de Madrid serán de aplicación las reglas. En cualquier caso, el Tribunal quedará facultado en última instancia para resolver cualquier cuestión que en materia de contenido del examen pudiera surgir».

Y a continuación enumera los Organismos consultivos externos a la Comunidad de Madrid, entre los que se incluye el Instituto Geográfico Nacional.

En el caso de autos en la primera fase del primer ejercicio de la oposición, la Pregunta 12 fue del siguiente tenor literal "¿Cuál de estos picos es el de más altura? a) El Carro del Diablo b) Collado de la Cueva c) Los Pinarejos d) Peña de la Rama".

Según el certificado emitido por la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional la altitud del Carro del Diablo es de 1609 metros y de la Peña de la Rama es de 1589 metros, dicho certificado fue aclarado en fase probatoria por el propio ING, indicando que la altura del Pico es de 1609, y es la que aparece encima del Pico y no debajo.

A la vista de todo lo anterior podemos afirmar que las bases, a las que el Tribunal Calificador debe ceñirse (sumisión en abstracto que no es en modo alguno reconducible a una facultad de discrecionalidad técnica), no facultaban al Tribunal para decir cual era el pico mas alto de la Comunidad de Madrid o interpretar los mapas topográficos, sino que el Pico mas alto era aquel que determinaban las bases, por remisión a los organismos competentes para acreditar el dato de la altura de los distintos picos de la Comunidad de Madrid.

El Tribunal Calificador vulneró las Bases de la Convocatoria, y la sentencia de instancia erróneamente situó en el ámbito de la discrecionalidad técnica la decisión del Tribunal, no dando lugar a su revisión.

La conclusión inevitable es la de que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción del artículo 15.4º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que el motivo casacional le imputa, por lo que debe ser éste estimado y casada la sentencia".

C) Proceso selectivo. Realización de un número de supuestos prácticos que excede el previsto en la convocatoria. No se infringe la discrecionalidad técnica.

STS, Sec. 7ª, 23/4/2012, RC 3701/2010. Se confirma una Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que anuló la actuación administrativa impugnada y dispuso la retroacción del procedimiento al momento anterior a la realización de la segunda parte de la fase de oposición a fin de que se celebrase de tal manera que los aspirantes resolvieran un supuesto práctico, extraído al azar entre dos fijados por el tribunal calificador. De una parte, se rechazan los motivos articulados al amparo del art. 88.1.c) LJCA por cuanto que, una vez apreciada por la sentencia la infracción de las bases de la convocatoria, se imponía anular la actuación administrativa y no era preciso afrontar el otro motivo de impugnación. Además, la sentencia sí motiva el fallo e identifica claramente la infracción cometida por la Administración, pues allí donde se prevé un supuesto práctico el tribunal calificador planteó seis, siendo las bases de la convocatoria, según una reiterada jurisprudencia, ley del proceso selectivo. De otra parte, en cuanto al motivo amparado en el art. 88.1.d) LJCA, el Alto Tribunal concluye que la Sala de instancia no se ha introducido en el ámbito de la discrecionalidad técnica propia del tribunal calificador, siendo razonable la interpretación de la legalidad alcanzada, toda vez que la vulneración de la base controvertida de la convocatoria es razón suficiente para anular la actuación administrativa, impidiendo la conservación de los actos relacionados con la segunda parte de la fase de oposición.

“La Sala de Valencia no se ha introducido en el ámbito de la discrecionalidad técnica propia del tribunal calificador. Por eso, no ha infringido la jurisprudencia que aducen los recurrentes. No se adentra, en efecto, en el contenido de la segunda parte de la oposición sino en otro aspecto: en el número de supuestos prácticos que debían resolver los aspirantes. O sea en la interpretación del apartado 8.2.2 de las bases de la convocatoria. En este punto, debemos decir que, visto el tenor literal de ese apartado, no consideramos irrazonable la conclusión alcanzada por la sentencia la cual considera respetuoso con dicha base que el tribunal calificador establezca un supuesto y respecto de él formule varias preguntas o cuestiones pero no que pida resolver seis supuestos prácticos distintos.

En la medida en que la sentencia se ha movido en el plano de la interpretación de la legalidad en los términos indicados no cabe achacarle vulneración de la doctrina de la discrecionalidad técnica ni tampoco de los artículos 54 de la Ley 30/1992 y 71.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 62.2 de la anterior. No infringe el primero porque está motivada formal y materialmente y no infringe ni ese precepto ni los otros porque, según hemos anticipado, la vulneración de la base 8.2.2. es razón suficiente para anular la actuación administrativa ya que no puede conservarse al estar viciada. Dicho de otro modo, el incumplimiento advertido hace inválido el proceder administrativo e impide la conservación de los actos relacionados con la segunda parte de la fase de oposición”.

D) Pruebas de acceso a la función pública. Discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadores de las pruebas selectivas. Evolución jurisprudencial en el proceso de control de la discrecionalidad técnica.

STS, Sec. 7ª, 18/11/2011, RC 1920/2010. La Sala analiza la evolución de la discrecionalidad técnica de la Administración y concluye que en este caso se ha infringido la jurisprudencia que cita la recurrente por lo que anula la sentencia ya que la cuestión suscitada se refiere a la valoración de la corrección de las respuestas dadas a las preguntas que planteaba el caso práctico. Ahora bien, a partir de aquí la Sala desestima el recurso contencioso administrativo porque el objeto del proceso era el enjuiciamiento por el Tribunal calificador del concurso del ejercicio de la demandada, y habida cuenta que ello es un puro problema de discrecionalidad técnica, inasequible a un juicio estrictamente jurídico no puede la Sala enjuiciar el juicio técnico del Tribunal Calificador.

“SEXTO.- Sobre los límites de la discrecionalidad técnica hay ya una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que

justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

«Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)».

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

«Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE».

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio

de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

«(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate».

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Ya este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información

sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).

SÉPTIMO.- En el caso de autos la base de fundamentación de la Sentencia pretende situarse en el ámbito de lo que en nuestra jurisprudencia hemos calificado como "aledaños" del juicio técnico, a partir del presupuesto de que en el supuesto práctico formulado en el ejercicio de la recurrente, se pedía la elaboración de un plan del caso respecto de los menores a los que el caso se refería, y que el Tribunal Calificador sin embargo, a la hora de la corrección del ejercicio, lo valoró como si lo pedido hubiese sido un "Programa de Intervención Individualizada".

Si tal fuese lo acaecido, nos encontraríamos, sin duda, en el ámbito de lo que nuestra jurisprudencia viene calificando como "aledaños" de la discrecionalidad técnica, y el recurso de casación iría conducido al fracaso. Ocurre no obstante, que tal presupuesto, negado desde el principio en la instancia por la Generalidad Valenciana, cuya negación se reitera en la oposición al motivo casacional, no puede constatararse que se haya dado.

El examen de las preguntas, cuya respuesta se exige en el caso práctico, no permite sustentar esa nítida diferenciación que se afirma en la sentencia recurrida entre lo pedido, según la demandante del proceso, y lo que, según ella, consideró el Tribunal calificador que debía ser objeto de corrección.

El dictamen pericial, al que la sentencia ha dado una importancia transcendental, hasta el punto de constituirse en la clave de fundamentación de la misma, se limita a establecer, en términos ciertamente convincentes, con amplia cita al respecto de la normativa aplicable, la diferencia genérica entre lo que es un "Plan del caso" y un "Programa de Intervención Individualizada"; pero ni se plantea en él, ni por tanto se pronuncia al respecto, qué fuera lo pedido en el caso práctico elegido por la concursante, para, en su caso, poder deducir la consecuencia de que en él se pedía la elaboración de un "Plan del caso", y que el ejercicio se corrigió sobre la base de que lo pedido era un "Programa de Intervención Individualizada". Y es precisamente ahí, donde radica el núcleo del debate procesal, en el que el citado dictamen pericial no entra.

A partir de aquí, y puesto que el dictamen pericial carece por completo de eficacia para justificar que lo pedido a la concursante en el caso práctico que eligió fuese una cosa y lo corregido otra, se echa de menos un razonamiento propio en la sentencia que justificase la afirmación clave de que lo pedido en el ejercicio era una cosa y el criterio de corrección aplicable se refiere a otra cosa distinta.

Se llega así a la conclusión de que el dictamen pericial es ajeno al concreto punto conflictivo suscitado por la recurrente y negado por la Generalidad, con lo que no nos situamos ya en el ámbito de lo que hemos calificado de "aledaños" de la discrecionalidad técnica, sino que la cuestión suscitada se sitúa en el propio núcleo de la misma; esto es, en el de la valoración de la corrección de las respuestas de la actora a las preguntas del caso práctico, cuya sola lectura evidencia, sin mayores esfuerzos argumentales, que no se limitaba a la elaboración de un "Plan del caso", sino que contenía algo más y distinto.

Ello sentado, conclusión inevitable es la de que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción de jurisprudencia que el motivo casacional le imputa, por lo que debe ser éste estimado y casada la sentencia.

La anulación de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 95.2.d), LJCA, nos exige entrar a decidir el proceso en los términos en que está planteado el debate. Y habida cuenta que lo suscitado en el proceso era, según antes ha quedado zanjado, el enjuiciamiento por el Tribunal calificador del concurso del ejercicio de la demandada, y habida cuenta que ello es un puro problema de discrecionalidad técnica, inasequible a un juicio estrictamente jurídico, se impone la desestimación del recurso contencioso-administrativo”.

E) Pruebas selectivas. Incorrecta valoración de los méritos de un aspirante, debidamente acreditados mediante prueba documental practicada en el proceso de instancia. Inexistencia de vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica.

STS, Sec. 7ª, 16/5/2011, RC 2106/2011. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por una Administración autonómica contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por un aspirante a un proceso selectivo contra la resolución administrativa que hizo pública la relación de aprobados, anulando dicha resolución en el único sentido de declarar que se le debió puntuar ciertos méritos del apartado "valoración del trabajo desarrollado" al estimar probada la equivalencia de las funciones llevadas a cabo por el demandante en el puesto desempeñado en una Consejería con la de los puestos convocados en el proceso selectivo. La Sala desestima el único motivo del recurso de casación al considerar que la sentencia recurrida no sustituye el juicio técnico del tribunal calificador, ni vulnera la jurisprudencia aplicable a la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, habiendo actuado correctamente puesto que, tras valorar y apreciar la documental practicada, consideró acreditada la existencia de un error en la valoración de méritos del demandante y, en consecuencia, procedió a la revisión jurisdiccional de la valoración que le fue conferida.

“TERCERO.- Llegados a este punto, conviene recordar lo dicho por esta Sala sobre la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores en los procesos selectivos para ingreso en la Administración. Así, decíamos en sentencia de esta Sala y Sección de 2 de marzo de 2009 (recurso de casación nº 7220/2004) que la doctrina relativa a la llamada discrecionalidad técnica administrativa de los Tribunales Calificadores y a la imposibilidad de sustitución por la de los tribunales judiciales ha sido ya matizada en numerosas sentencias de esta Sala,

en el sentido de que no supone una exención de la fiscalización jurisdiccional, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, estableciéndose en el artículo 106.1 de la misma la cláusula de revisión universal de todos los actos administrativos por jueces y tribunales. Otra cosa es que el control que realizan éstos, es de legalidad, y por lo tanto, el parámetro para declarar la ilicitud de estos actos ha de ser el del ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego, los principios constitucionales de mérito, igualdad y capacidad en el acceso a la función pública. Lo que no pueden hacer los órganos judiciales en dicho control es sustituir el criterio del Tribunal Calificador, que es libre respecto a la Administración que les ha nombrado, por el suyo propio; pero sí que pueden, como aquí ha ocurrido, basándose en las pruebas practicadas, especialmente la pericial, anular o sustituir las valoraciones del Tribunal Calificador, cuando se demuestra en el proceso que aquellas son incorrectas y contrarias a los principios antes citados, pudiendo valerse el recurrente de cuantas pruebas en derecho sean admisibles. En consecuencia, la presunción de legalidad, (propia por lo demás de todos los actos administrativos), queda desvirtuada por la prueba procesal correspondiente.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso de casación pues la Sala de instancia ni ha sustituido el juicio técnico del tribunal calificador, ni ha vulnerado la jurisprudencia aplicable a la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, sino que ha actuado correctamente puesto que, tras valorar y apreciar la prueba documental practicada, consideró acreditada la existencia de un error en la valoración de méritos del demandante por parte del tribunal del proceso selectivo y, en consecuencia, procedió a la revisión jurisdiccional de la valoración que le fue conferida”.

F) Improcedente nota de corte impuesta por el tribunal calificador al no venir amparada en las bases. Control de legalidad del acto administrativo que no vulnera la discrecionalidad técnica.

STS, Sec. 7ª, 17/10/2011, RC 6198/2008. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ que estimó parcialmente el recurso promovido contra la resolución de una Universidad que confirmó en alzada la del tribunal calificador de pruebas selectivas para ingreso en la Escala Auxiliar, la cual se anuló y se ordenó la retroacción de actuaciones con nueva calificación de todos los exámenes del primer ejercicio de la fase de oposición sin tener en cuenta las preguntas anuladas y puntuándolos conforme a las bases, así como dejar sin efecto la lista de aprobados de ese primer ejercicio. La Sala rechaza el primer motivo de casación ya que considera que, atendidos los términos en que se instó la nulidad del acto en vía administrativa, no se puede acoger la tesis del recurrente de que la demanda formulara una pretensión que no se hiciera valer ante la Universidad, argumento que, además, al no plantearse en la instancia, constituye una cuestión nueva. Asimismo, se descarta que la sentencia recurrida infringiera las bases de la convocatoria ya que, a juicio de la Sala, los recurrentes parten de una premisa equivocada puesto que, para que un tribunal calificador pueda añadir requisitos adicionales a los fijados en las bases, éstas le tienen que autorizar expresamente, no contando la nota de corte impuesta por dicho tribunal en este caso con tal autorización. Por otro lado, se descarta la infracción de la

discrecionalidad ya que la Sala de instancia se ha limitado a controlar la legalidad del acto.

“En cuanto a la invasión de la esfera propia de actuación del tribunal calificador y la asunción por la sentencia de decisiones conferidas a la discrecionalidad técnica de éste, simplemente diremos que nada hay de lo uno ni de lo otro. La Sala de Burgos lo único que hace es controlar la legalidad de la actuación de la Universidad e imponer el cumplimiento de las bases que, todos reconocen, han de ser observadas. En el ejercicio de ese control la sentencia se ha limitado a comprobar que el tribunal calificador ha ido más allá de lo permitido, pues no tenía margen para cambiar la puntuación mínima que da paso al segundo ejercicio, y, previa anulación de su actuación en ese punto, a ordenar que se repita la calificación del primero con arreglo al criterio sentado en el anexo II de la convocatoria. Y tampoco se excede al señalar qué es lo que debe hacerse para calificarlo nuevamente pues solamente extrae de lo dispuesto en dicho anexo las consecuencias lógicas: la división de los veinte puntos entre el número total de preguntas válidas para obtener el valor de cada una y aplicarlo a las respuestas elegidas por cada aspirante. Del mismo modo, ha de considerarse que la anulación del segundo ejercicio y del resultado final del proceso selectivo es consecuencia necesaria de cuanto precede ya que, si en el primero se determinó indebidamente quiénes debían superarlo, forzoso es que no se mantenga en las fases ulteriores de aquél un resultado irregularmente obtenido, sino que se corrija y, una vez calificado correctamente, se prosiga el procedimiento completando con el segundo ejercicio la fase de oposición y realizando, después, la de concurso.

No decide la sentencia el contenido discrecional de la actuación administrativa, ni cabe hablar de discrecionalidad técnica sino de interpretación y aplicación de las bases, función que entra, sin ninguna duda, en el ámbito de ese control jurisdiccional que corresponde al orden contencioso-administrativo”.

G) Inexistencia de Poder del Tribunal Calificador para decidir, sin figurar en las bases de la convocatoria, descontar una pregunta acertada por cada una de las desacertadas.

STS, Sec. 7ª, 19/7/2009, RC 4041/2005. El TS anula un proceso selectivo y ordena la retroacción de las actuaciones al inicio del cuarto ejercicio al apreciar diversas irregularidades. El Tribunal Calificador decidió que por cada pregunta errónea se anularía una pregunta de las acertadas, sin que este extremo conste en las bases del concurso. Con ello se rompe el necesario equilibrio entre todos los ejercicios previstos por las bases de la convocatoria y su puntuación conjunta, pudiendo darse la circunstancia de que quien hubiera obtenido la máxima calificación en los anteriores y acertado siete preguntas del supuesto práctico sobre diez, sería suspendido, convirtiéndose pues en determinante el último ejercicio. Al no dar respuesta a esta pretensión, la sentencia de instancia se anula por incongruente.

“Lo que no puede desprenderse es que el Tribunal Calificador sea el dueño del proceso selectivo, y menos aun, que amparándose en una supuesta discrecionalidad técnica, hoy superada por el control de la misma por distintas técnicas, entre las que destacan los principios jurídicos, y especialmente los constitucionalizados de preferencia de la capacidad y mérito en el acceso a la función pública, control admitido por la jurisprudencia de este Tribunal, pues no existe poder alguno, y desde luego órgano administrativo, que eso es lo que es un Tribunal Calificador, exento de control jurisdiccional. Ciertamente, el acierto de los Tribunales Calificadores se presume, en mayor medida si como exige la legislación su composición es técnica y adecuada al proceso selectivo de que se trate, pero esa presunción de legalidad es la que se predica de todos los actos administrativos, y será la prueba en contrario, apreciada por los Tribunales conforme a los criterios establecidos en nuestro ordenamiento, la que determinará si debe prevalecer o no. Y desde luego lo que no puede pretenderse es que con tal argumento se puedan vulnerar las bases de la convocatoria, pues la función del Tribunal Calificador es meramente vicarial, como la de todos los poderes públicos, y consiste en resolver un proceso selectivo, pero ajustándose estrictamente al ordenamiento jurídico, como claramente disponen los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución.

Pues bien, es evidente que el Tribunal se inventa un sistema de calificación que no era el pensado por las bases de la convocatoria, convirtiendo así el ejercicio cuarto, que podrían haber aprobado por ejemplo, con arreglo a las bases quienes hubieren acertado cinco, seis o siete preguntas sobre diez, mientras que con el criterio del Tribunal Calificador, suspenderían al no alcanzar el mínimo exigible. La consecuencia es que el equilibrio entre todos los ejercicios previstos por las bases de la convocatoria se rompe, pudiendo darse la circunstancia de que quien hubiera obtenido la máxima calificación en los anteriores y acertado siete preguntas del supuesto práctico sobre diez, sería suspendido. En consecuencia, habiendo previsto las bases solo el descuento de las preguntas acertadas, en proporción 1 acertada por cada tres desacertadas, en el ejercicio primero, pero no en los demás, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo y decretar la retroacción de actuaciones para que se realice el mismo ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por las Bases de la convocatoria”.

1.2.8. Motivación de los acuerdos de los Tribunales de oposición

A) Ausencia de criterios de corrección así como de la regla de conversión de las puntuaciones. Vulneración de la discrecionalidad técnica. Anulación y retroacción de actuaciones.

STS, Sec. 7ª, 27/4/2012, RC 5865/2010. La Sala estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por un aspirante a un proceso selectivo contra la sentencia de TSJ que desestimó el recurso que promovió contra la publicación por el tribunal calificador de la relación de aprobados en el tercer ejercicio del proceso selectivo (prueba de inglés). La Sala, tras desestimar que la inadmisión de determinadas diligencias

probatorias por innecesarias o inútiles pueda ser calificada de arbitraria o irrazonable, no habiéndole generado indefensión y considerar que el primer submotivo del motivo segundo carecía manifiestamente de fundamento al no incorporar crítica jurídica a la sentencia recurrida, estima los submotivos segundo y tercero al considerar que la Sala de instancia infringió la doctrina sobre la discrecionalidad técnica ya que asiste la razón al recurrente cuando denuncia que en la referida prueba eliminatoria de inglés no constaban en el expediente los criterios o normas de corrección, desconociéndose la regla de conversión de las puntuaciones, por lo que no resulta posible determinar los criterios objetivos que se siguieron para corregir las partes escritas del ejercicio ni la forma en que se transformó esa corrección en la adjudicación de los puntos correspondientes. Por ello, estima parcialmente la casación y el recurso contencioso-administrativo, anulando la calificación de dicho ejercicio y ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que el tribunal calificador exprese los criterios de valoración.

“El Tribunal Calificador no hizo uso de la discrecionalidad de que disponía para fijar estos aspectos esenciales del procedimiento, ni explicó las razones que le llevaron a otorgar las calificaciones que conocemos, ni siquiera cuando el aquí recurrente le solicitó la revisión de su ejercicio.

Si a ello se añade que la calificación de este ejercicio fue decisiva, ya que supuso la exclusión definitiva del recurrente del proceso selectivo, impidiéndole tomar parte en las restantes fases del procedimiento, ha de reconocerse que el proceder del Tribunal Calificador ha incurrido en la arbitrariedad que denuncian los motivos, ya que se desconocen los criterios que le llevaron a proceder de la forma descrita.

DÉCIMO CUARTO.- La anulación parcial de la sentencia exige, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, que resolvamos el recurso contencioso-administrativo.

De lo dicho hasta ahora se desprende sin dificultad que se impone la anulación del acto de calificación del tercer ejercicio (prueba obligatoria y eliminatoria de idioma extranjero), procediendo la retroacción de las actuaciones al momento previo a su calificación, a fin de que, por el Tribunal Calificador, se expresen los criterios a seguir en la corrección del ejercicio (partes escritas y conversación); puntuación individualizada para cada una de ellas; incidencia de las mismas en la puntuación final, y la regla para la conversión de la puntuación final y, una vez establecidos, los aplique motivadamente a las de cada uno de los aspirantes.

Por tanto, procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, pero no en los términos solicitados por el recurrente en sus escritos de demanda y de interposición del recurso de casación, donde pretende que se declare la nulidad de la totalidad del proceso selectivo, pronunciamiento que no resulta posible, atendida la actuación administrativa impugnada en el proceso de instancia, constituida, según hemos expuesto con reiteración, por la relación de aprobados en el tercer ejercicio del proceso selectivo convocado por Orden MAM/909/2007, sin que conste ampliado a ningún otro acto dictado con posterioridad a aquél”.

B) Motivación en las calificaciones de las pruebas concretas realizadas. Requisitos para formar parte del Tribunal Calificador. Actas de los órganos colegiados.

STS, Sec. 7ª, 10/4/2012, RCA 183/2011. Respecto a la idoneidad del Tribunal Calificador, nombrado al efecto y del que formaba parte como presidente un Consejero de Cuentas, la Sala recuerda que debió impugnarse en su momento dicha composición, de modo que plantear una impugnación con posterioridad a la calificación y fuera ya del momento oportuno, contra sus propios actos y de forma extemporánea no puede ser apreciada. Tampoco el defecto relativo a las actas y su formalización ya que lo que se incorpora es una certificación del acta original. En cuanto a la motivación la Sala recuerda que la simple expresión de una puntuación final en una parte de la oposición, excluyendo las valoraciones del ejercicio desarrollado, supone la falta de la debida motivación ante el cuestionamiento planteado ya que esa calificación no se sustenta en juicios concretos situados en el tiempo y han de ser descritos mínimamente. Finalmente considera que el recurrente debió tener acceso a la totalidad del expediente administrativo formado con ocasión de las pruebas selectivas. Por ello, estima el recurso y ordena retrotraer las actuaciones administrativas, para que se produzca una nueva valoración por el Tribunal de selección, con motivación razonada de cada una de las puntuaciones otorgadas por cada miembro y puesta de manifiesto del expediente íntegro del proceso.

“La resolución impugnada que confirma la decisión del Tribunal de calificación basa su decisión y admite la circunstancia de que el tercer ejercicio desarrollado dentro del proceso selectivo de oposición no fue ponderado con una motivación que superase la mera valoración numérica singularizada. Pero es lo cierto que, planteada una impugnación frente a las calificaciones numéricas, la ausencia de una valoración del ejercicio del recurrente con expresión de las razones por las que se fija la concreta puntuación por cada uno de los miembros concurrentes, determina una ausencia de motivación.

La simple expresión de una puntuación final en una parte de la oposición, excluyendo las valoraciones del ejercicio desarrollado, supone la falta de la debida motivación ante el cuestionamiento planteado ya que esa calificación no se sustenta en juicios concretos situados en el tiempo y descritos mínimamente, lo cual es inadmisibile según señala esta Sala en su doctrina jurisprudencial recogida, entre otras en las SS.T.S. de 7 de noviembre de 2011 (RC 1253/2009) y las de 18 y 2 de marzo 2011 (RRC 4278/2009 y 3512/2008).

Ello no puede suplirse en el modo seguido en vía administrativa por la mera ratificación o confirmación de la anterior resolución adoptada, máxime cuando el Informe del Tribunal Calificador no motivó suficientemente la calificación otorgada al aspirante finalmente excluido.

Hemos de considerar, por tanto, producida la infracción denunciada del art. 54 de la LRJAPPAC. En el presente caso se impone ofrecer una motivación adecuada por parte de la Administración, de los miembros del Tribunal de calificación y de forma suficientemente justificada de los criterios seguidos en el otorgamiento de las puntuaciones del tercer ejercicio, en los términos de la Convocatoria y en la forma reclamada por el recurrente. Todo ello sin que pueda obviarse la necesaria puesta de manifiesto al interesado de la totalidad del expediente administrativo formado con ocasión de las pruebas selectivas,

según interesó en vía administrativa el aspirante, de conformidad a lo prevenido en los arts. 35 y siguientes de la citada Ley 30/1992, I.R.J.A.P.P.A.C”.

1.2.9. Titulación académica de ingreso

A) Acceso a Cuerpos docentes no universitarios. Valoración del expediente académico en el caso de titulaciones homologadas o equivalentes a las especificadas en la convocatoria. Debe ser igualmente susceptible de valoración para unos y otros títulos.

STS, Sec. 7ª, 13/2/2012, RC 370/2011. La Sala declara haber lugar al recurso y ordena que se valore como mérito el expediente académico correspondiente a su título de Profesor de la especialidad piano, expedido al amparo del Decreto 2618/1966, de 10 de septiembre y, en su caso, se le incluya en la lista de aprobados. La Sala reitera que ha venido rechazando que la valoración del expediente académico pueda quedar limitada a la titulación exigida con carácter general para el ingreso en dichos Cuerpos, con exclusión de las titulaciones declaradas equivalentes a efectos de docencia. Esa exclusión afectaría también a los títulos de grado, sin que la Ley Orgánica 2/2006 establezca diferencias de trato en el desarrollo de los procesos selectivos según la titulación habilitante para participar en ellos. La inmediata consecuencia de la exclusión de la valoración de la titulación equivalente a efectos de docencia produciría la imposibilidad de que la formación académica de los participantes que ostentaren dicha titulación equivalente fuera objeto de valoración puesto que dicha titulación equivalente tampoco tendría encaje en ninguno de los otros apartados del Anexo IV que únicamente prevé la valoración de la formación académica en relación con las otras titulaciones universitarias o de enseñanzas de régimen especial y de la formación profesional.

“CUARTO.- Expuestas así las posiciones de las partes y entrando ya en el fondo de la cuestión que se plantea en el presente recurso, se ha de adelantar que el mismo debe ser estimado por cuanto la interpretación que realiza la Sala de instancia de las bases de la convocatoria no puede confirmarse.

Para llegar a tal conclusión, se debe partir de la doctrina sentada por la Sala, de forma reiterada, en procesos selectivos para ingreso en distintos Cuerpos de funcionarios docentes en los que la controversia planteada era análoga a la suscitada en la presente casación. En estos casos y previo estudio y análisis de la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, General del Sistema Educativo y en los Reales Decretos 574/1991, de 22 de abril y 850/1993, de 4 de junio, que la desarrollaban, la Sala ha venido rechazando que la valoración del expediente académico pueda quedar limitada a la titulación exigida con carácter general para el ingreso en dichos Cuerpos, con exclusión de las titulaciones declaradas equivalentes a efectos de docencia.

Exponentes de dicho criterio, entre otras, son las sentencias de 7 de octubre de 2009, recaídas en los recursos de casación nº 6801/2009 y 6810/2009.

Las conclusiones que se han de extraer de la normativa expuesta son muy similares a las ya alcanzadas en los precedentes jurisprudenciales a lo que antes hacíamos referencia. Y así, por un lado, cabe afirmar que entre las titulaciones exigidas como requisito para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Música, tanto sirven los títulos de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o título de Grado correspondiente como los “equivalentes a efectos de docencia” y, por el otro, que en tal regulación no se impone diferencia alguna que deba ser observada o aplicada en la selección de los aspirantes según la clase de titulación que habilitara su participación en los procesos selectivos convocados para el acceso a dicho Cuerpo pues el sistema de ingreso en los cuerpos de funcionarios docentes, tanto el ordinario como el previsto en la disposición transitoria decimoséptima, queda configurado sin realizar salvedad alguna en este sentido, previéndose únicamente la realización de un concurso-oposición en el que necesariamente habrán de ser valorados en la fase de concurso, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa”.

B) Servicio Andaluz de Salud. Proceso extraordinario de consolidación de empleo. Innecesariedad de presentar título académico requerido al tiempo de presentar la solicitud, siendo bastante estar en condiciones de obtenerlo.

STS, Sec. 7ª, 10/6/2011, RC 3507/2009. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud contra sentencia de TSJ que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra su resolución por la que se excluyó definitivamente a la demandante de instancia del proceso extraordinario de consolidación de empleo para la selección y provisión de plazas de determinadas especialidades de Facultativos Especialistas de Áreas Hospitalarias. La Sala confirma la sentencia recurrida y, en concreto, la interpretación que realiza de las bases en relación con los requisitos que debían reunir los aspirantes, considerando, con cita de una sentencia de la Sala precedente, que bastaba para participar en el procedimiento selectivo, no ya estar en posesión del título requerido, tal y como exigió la Administración, sino hallarse en condiciones de obtenerlo dentro del plazo de presentación de solicitudes, por lo que no hacía falta disponer de ese documento en el momento de presentar la solicitud.

“La Sala de instancia entiende que la participante en el proceso selectivo, allí recurrente, fue indebidamente excluida, pues la referencia a estar en condiciones de obtener el título correspondiente no exige la expedición material del título, sino reunir las condiciones necesarias para obtenerlo, circunstancia que según resulta de la documental obrante en el expediente administrativo concurría en aquélla y a la que no empece el hecho, reconocido por ambas partes, de que abonara la tasa para la expedición de aquél con posterioridad a la expiración del plazo de presentación de solicitudes, pues ese requisito, como hemos visto, estaba previsto en las bases de la convocatoria para un momento ulterior (tras la publicación de la resolución definitiva de aprobados) y con unos efectos distintos para el caso de incumplimiento (pérdida de los derechos que pudieran derivarse de la participación en la fase de selección) de los que

fueron aplicados por la Administración a la actora, existiendo una cierta equivocidad en la relación entre las dos bases en cuestión, que no hace irrazonable la interpretación a que llegó la Sala a quo.

Su pronunciamiento resulta por otra parte conforme con la jurisprudencia de esta misma Sala y Sección contenida en la sentencia de 4 de julio de 2005 (casación 8138/1999) en cuanto afirma en su fundamento de derecho cuarto <<si basta para participar en el procedimiento selectivo, no ya estar en posesión del título requerido, sino hallarse en condiciones de obtenerlo (...) está claro que no hace falta disponer de ese documento en el momento de presentar la solicitud>>; de 21 de mayo de 1993 (recurso 401/1989) -fundamento de derecho segundo- y 30 de mayo de 1988 (RJ 1988/4833) -fundamento de derecho primero-.

Y por esta razón no resultan aplicables al presente supuesto las sentencias invocadas por el recurrente en su escrito de interposición del recurso pues, si bien declaran el carácter de las bases de la convocatoria como ley rectora del proceso selectivo, lo que no es objeto de discusión, vienen referidas a ese momento posterior de nombramiento de funcionarios de carrera, del que se excluye a ciertos aprobados que no acreditan reunir alguno de los requisitos exigidos por las bases de la convocatoria, y que contemplando un supuesto distinto al sometido a nuestra decisión no resultan vulneradas por la sentencia impugnada”.

C) Reserva a Ingenieros Industriales de determinados puestos de trabajo. RPT de Andalucía. Principio de suficiencia de la motivación frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas las profesiones relacionadas con el puesto.

STS, Sec. 7ª, 21/7/2011, RC 2155/2010. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra sentencia de TSJ estimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido por un Colegio Oficial de Ingenieros de Minas contra Relación de Puestos de Trabajo que consideró disconforme a derecho que determinados puestos quedaran reservados en exclusiva a Ingenieros Industriales, declarando que podían acceder a los mismos de manera indistinta dichos titulados así como los ingenieros de minas. La Sala, tras reconocer la legitimación activa que ostentaba el Colegio demandante en la instancia para impugnar las RPT que puedan afectar a sus colegiados, estima el segundo motivo con base en precedentes jurisprudenciales anteriores que resolvían asuntos que guardaban identidad sustancial con el objeto del recurso y en los que la Sala se ha inclinado por un principio de suficiencia en cuanto a la motivación de las profesiones que pueden acceder a un puesto de trabajo frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas las profesiones que teóricamente pudieran ser suficientes para dicho puesto por guardar relación con él, señalando que la RPT impugnada no incurre en arbitrariedad ni en falta de motivación, máxime cuando el análisis de la RPT cuestionada permite reconocer la existencia de otros puestos reservados a la titulación de Ingenieros de Minas en la referida RPT.

“La sentencia de 7 de julio de 2011, tras reproducir (F.D. 3º) el contenido de las sentencias de 27 de abril de 2009 y 19 de julio de 2010 ya citadas, desestima

el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros de Minas del Sur en base a los siguientes argumentos (F.D. 4º y 5º):

«CUARTO.- Los mismos motivos que condujeron a esta Sala a la estimación de este último recurso, obligan a la desestimación del presente, en coherencia con el criterio mantenido en la precedente STS, 3ª, 7ª de 27 de abril de 2009.

En efecto, a propósito de la cobertura de puestos en orden a la titulación exigida por la Administración oferente, la última jurisprudencia de esta Sala, como hemos subrayado, se viene inclinando por un principio de suficiencia, en cuanto a la motivación de las profesiones que pueden acceder a un determinado puesto de trabajo, frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas aquellas profesiones que teóricamente pudieran ser suficientes para un determinado puesto de trabajo por estar relacionadas con el mismo y lo decisivo no es si existe alguna profesión que no se haya contemplado en la convocatoria, sino que las incluidas sean razonables y estén directamente relacionadas con el puesto a cubrir, pues así lo indicaba la STS de 19 de julio de 2010 (RC 785/2007).

QUINTO.- La proyección de los precedentes criterios jurisprudenciales en el presente caso, permite constatar que los puestos impugnados son los de "Asesor Técnico de Promoción Industrial", "Asesor Técnico de Actividades Industriales" y el de "Asesor Técnico de Impacto Ambiental" y al igual que sucedía en el precedente citado, aun cuando el programa de materias de Ingeniería de Minas pudiera contener materias asimiladas al de Ingeniería Industrial, nada hace pensar, en el ámbito de la jurisprudencia mantenida por esta Sala, que no es conforme con el contenido de los puestos de trabajo objeto de controversia la profesión de Ingeniero Industrial en virtud de ese principio de suficiencia al que hemos aludido. La suficiencia a que hemos aludido, ejercida y comprendida en el ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración, queda colmada con el ofrecimiento de los puestos reseñados a quienes ostentan la titulación de Ingeniero Industrial o Ingeniero Técnico Industrial, y encuentra su correlación y compatibilidad con el principio de no discriminación contenido en el artículo 14 de la CE y con el derecho de acceso a los cargos públicos que proclama el art. 23 del mismo cuerpo legal en orden a no exigirse una exhaustividad que implique el ofrecimiento de un determinado puesto de trabajo y en este caso a los titulados en Ingeniería de Minas, a todas y cada una de las profesiones que pudieran optar a ese puesto de trabajo.

En suma, la disposición impugnada no incide ni en arbitrariedad ni en la falta de motivación denunciada por la parte recurrente, al amparo del art. 54 de la Ley 30/92, pues el hecho de que la titulación requerida y exigida para los puestos controvertidos sea la de Ingeniero Industrial o Ingeniero Técnico Industrial, no resulta carente de fundamentación y suficiente razonabilidad, máxime cuando el análisis de la RTP cuestionada permite reconocer la presencia de Ingenieros de Minas en las Direcciones Provinciales de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla en el Servicio de Industria, Energía y Minas».

SÉPTIMO.- La aplicación de la doctrina contenida en las precedentes sentencias al caso que nos ocupa conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y la consecuente anulación de la sentencia en el particular que analizamos pues, al igual que en los precedentes

citados, la suficiencia a que hemos aludido, ejercida y comprendida en el ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración queda colmada con el ofrecimiento de los puestos impugnados (dos de “Titulado Superior del Área Funcional de Industria y Energía de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía”; dos de “Titulado Superior del Área Funcional de Industria y Energía de la Dirección General de Desarrollo Tecnológico e Incentivos” de la misma Consejería, y ocho de “Titulado Superior del Área Funcional de Industria y Energía” en cada una de las ocho Delegaciones Provinciales de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Andalucía) a quienes ostentan la titulación de Ingeniero Industrial, que no resulta carente de fundamentación y suficiente razonabilidad, máxime cuando el análisis de la RPT cuestionada permite reconocer la existencia de otros puestos reservados a la titulación de Ingenieros de Minas en las ocho Delegaciones Provinciales de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Andalucía”.

D) Modificación de RPT. Reserva de puestos de trabajo a determinadas titulaciones. Nulidad de puestos de trabajo por no contener requisitos para su desempeño. Puestos suficientemente definidos. Razonabilidad de la reserva.

STS, Sec. 7ª, 23/5/2011, RC 2827/2009. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y desestima el promovido por un Colegio Oficial contra sentencia del TSJ estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicho Colegio contra Decreto autonómico por el que se modificó parcialmente la Relación de Puestos de Trabajo de una Consejería. La Sala, tras desestimar el primer motivo del recurso de la Junta, al reconocer legitimación activa al Colegio recurrente en relación con la impugnación de las RPT cuyas previsiones pudieran afectar a los derechos e intereses de sus colegiados, estima el segundo de los motivos al entender que, a diferencia de lo sostenido por la sentencia recurrida, los dos puestos de trabajo anulados por ésta sí se encontraban suficientemente definidos a través de la indicación de su denominación; modalidad de sistema de provisión; grupo y cuerpo de adscripción; área funcional en la que se incardinan, nivel de complemento de destino y complemento específico asignado. El recurso de casación del Colegio se dirige a combatir la sentencia recurrida por confirmar la reserva de determinados puestos de trabajo a la titulación académica de Ingeniero Industrial si bien la Sala, citando su jurisprudencia, entiende que lo decisivo no es si existe alguna profesión no contemplada en la Relación sino si las incluidas son razonables, concluyendo que en el presente caso la reserva de los puestos no es irrazonable ni discriminatoria.

“Pues bien, pasando ya a la cuestión de los límites a la potestad de autoorganización propia de la Administración para configurar el perfil de los profesionales que pueden acceder a determinados puestos de trabajo, la última jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la sentencia de 19 de julio de 2010 (recurso de casación nº 785/2007) “(...) se viene inclinando por un principio de suficiencia, en cuanto a la motivación de las profesiones que pueden acceder a un determinado puesto de trabajo, frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas aquellas profesiones que teóricamente

podrían ser suficientes para un determinado puesto de trabajo por estar relacionadas con el mismo. En efecto, lo decisivo no es si existe alguna profesión que no se haya contemplado en la convocatoria, sino que las incluidas sean razonables y estén directamente relacionadas con el puesto a cubrir”. Así las cosas, se comparte la totalidad de la argumentación que, en este extremo, ofrece la sentencia recurrida, pues no se puede reputar irrazonable ni discriminatoria la reserva de los puestos cuestionados a Ingenieros Industriales cuando éstos son puestos que se encuentran adscritos al Área Funcional de Industria y Energía, una de las dos Áreas, junto con la de Minas, que conforman la Dirección General de Industria, Energía y Minas, apreciándose que, en relación con el Área de Minas, también se prevé una reserva en exclusiva a los Ingenieros de Minas de puestos de similares características a los cuestionados para el Área de Industria y Energía.

Por último, en relación con el puesto adscrito al Área Funcional de Minas y reservado a la titulación de Geológicas y sobre la cuestión de si debería haber sido adscrito indistintamente a dichos licenciados y a los Ingenieros de Minas, esta Sala entiende que tampoco, en este caso, ha quedado demostrada que dicha decisión incurra en arbitrariedad, puesto que el Colegio recurrente no cuestiona que la titulación exigida sea insuficiente o inadecuada para el correcto desempeño del mismo. Además, puestos de semejante configuración y adscritos a la referida Área, quedan reservados en exclusiva a los Ingenieros de Minas, por lo que se ha de entender que la solución adoptada por la Administración andaluza, previa consideración de los medios personales de los que disponía y de la naturaleza de los puestos de trabajo que pretendía cubrir, es razonable y se enmarca dentro de los principios de eficacia y servicio al bien común que deben regir su actuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución española”.

E) Sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial prevalece el principio de libertad de acceso con idoneidad.

STS, Sec. 7ª, 15/4/2011, RC 2273/2009. La Sala declara no haber lugar al recurso de la Junta de Andalucía contra la sentencia que rechazó la inadmisión por falta de legitimación del Colegio de Ingenieros. Recuerda la Sala que la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales que puede hacer el Colegio Profesional en este caso en cuanto que la RPT no recoge para determinados puestos la titulación de Ingenieros de Caminos. Por otra parte, la jurisprudencia huye de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantiene la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente. En este caso, las funciones del puesto justificaban su ocupación por ingenieros de caminos.

“Así planteados los términos del debate, hemos de precisar que el hecho de que en determinados casos haya encontrado el respaldo de los Tribunales la reserva de puestos de trabajo a uno o varios cuerpos en atención a las circunstancias

concurrentes, en modo alguno puede llevar a ignorar que en la jurisprudencia se manifiesta una clara tendencia a que sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial prevalezca el principio de libertad de acceso con idoneidad. Una clara muestra de ello se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2.006 (casación 2390/01), de la que extraemos el siguiente párrafo: «...la jurisprudencia se orienta en el sentido de atender fundamentalmente al nivel de conocimientos que se derivan de los títulos profesionales pero huyendo de la determinación de una competencia exclusiva general (sentencias de este Tribunal de 29 de abril de 1995 EDJ 1995/2515, 25 de octubre de 1996 o 15 de abril de 1998), y como dice la sentencia de este Tribunal de 19 de diciembre de 1996, debe declararse que los diferentes Técnicos pueden actuar de acuerdo con la capacidad profesional que acrediten sus títulos, sin que sea indispensable que actúe siempre el profesional estrictamente especialista"; y como pone de relieve la sentencia de este mismo Tribunal de 27 de mayo de 1998 se confirma la sentencia recurrida que manifiesta que "reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se viene a afirmar que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido"....».

En el mismo sentido pueden verse las Sentencias de 13 de noviembre de 2.006 (casación 5049/01), 2 de febrero de 2.007 (casación 6329/01) y 5 de marzo de 2.007 (casación 426/02), en las que se citan otros pronunciamientos de 21 de octubre de 1.987, 27 de mayo de 1.980, 8 de julio de 1.981, 1 de abril de 1.985, 27 de octubre de 1.987, 9 de marzo de 1.989, 21 de abril de 1.989, 15 de octubre de 1.990, 14 de enero de 1.991, 5 de junio de 1.991 y 27 de mayo de 1.998, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional SsTC 50/1.986, 10/1.989, 27/1.991, 76/1.996 y 48/1.998. Tales pronunciamientos confirman que las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

A la vista de esa jurisprudencia es indudable que la sentencia de instancia aplicó la Jurisprudencia citada con toda corrección, cuando señaló que la principal materia sobre la que desarrollarían su labor los funcionarios es la relativa a urbanismo y la ordenación del territorio, desde su perspectiva normativa de planeamiento, así como la ejecución del mismo, y que la labor que se encomienda a dichos funcionarios por la Relación de Puestos de Trabajo tiene un contenido facultativo, para el que están plenamente capacitados los profesionales Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, y ello en atención al programa de las asignaturas del Plan de Estudios de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos aprobado por Real Decreto 1.425/1991, del Ministerio de Educación y Ciencia, por el que se establece el título universitario, oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y

Puertos y las directrices generales propias de los planes de estudios, conducentes a la obtención de aquel”.

F) Exigencia del conocimiento del idioma gallego para el acceso en puestos de trabajo correspondientes a profesionales de la enfermería.

STS, Sec. 7ª, 5/5/2010, RC 5964/2006. El Sindicato de Enfermería formula recurso de casación contra sentencia desestimatoria de instancia en la que se impugna Decreto regulador del nombramiento del personal interino para el desempeño con carácter transitorio de plazas reservadas a funcionarios, y la contratación temporal de personal laboral de la Xunta de Galicia. El fundamento de la impugnación radicaba en la forma de acreditación del idioma gallego exigido para determinados puestos. El recurso de casación gira entorno a la idea de que si para el administrado no existe el deber jurídico de conocimiento del idioma gallego, tampoco puede exigirse ese conocimiento como requisito de acceso para puestos profesionales de enfermería, pues a estos efectos lo decisivo deben ser los conocimientos y la preparación técnico sanitaria. La Sala Tercera parte como presupuesto que la exigencia del conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma será constitucionalmente válida cuando se trate de puestos en los que resulte necesario para su adecuado y eficaz desempeño. El TS razona que considerando que la discrepancia gira en torno a puestos correspondientes a profesionales de Enfermería (ATS/DUE), resulta obvio que sus cometidos necesitan una permanente e intensa comunicación con las personas a quienes han de dispensar su actividad profesional. A ello añade que el conocimiento del idioma gallego en el ámbito profesional de que se viene hablando es un hecho necesario que encarna situaciones muy normales y frecuentes.

“CUARTO.- Según resulta del planteamiento que ha quedado expuesto, el punto de partida de que debe arrancarse para decidir la cuestión principal que es objeto de debate en la actual casación es el siguiente: que la exigencia del conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma será constitucionalmente válido cuando se trate de puestos en los que resulte necesario para su adecuado y eficaz desempeño.

Pues bien, así debe ser considerado en lo que se refiere a los puestos correspondientes a profesionales de Enfermería (ATS/DUE) por estas dos razones: por ser obvio que sus cometidos necesitan una permanente e intensa comunicación con las personas a quienes han de dispensar su actividad profesional (para aperebirse del estado físico o anímico que reclame la atención sanitaria, y también de las elementales necesidades de la vida que puedan afectar a todo el que se encuentra ingresado en un establecimiento hospitalario); y porque a todas esas personas se les ha de facilitar en la mayor medida posible el derecho a utilizar cualquiera de las lenguas que son oficiales en el territorio autonómico.

Y esa permanencia e intensidad que caracteriza a dicha comunicación es lo que explica y justifica también que se reclame para dicho conocimiento el grado de perfeccionamiento y no tan solo el de iniciación.

A lo anterior debe añadirse que la necesidad del conocimiento del idioma gallego en el ámbito profesional de que se viene hablando es un hecho que encarna situaciones muy normales y frecuentes de la vida ordinaria, por lo que su constatación no requiere servirse de pericias específicas.

Y la consecuencia final de todo lo que antecede es que no son justificados ninguno de los reproches que se hacen a la sentencia de instancia en uno y otro motivo de casación”.

1.3. Rehabilitación de funcionarios

1.3.1. Carácter excepcional de la rehabilitación.

STS, Sec. 7ª, 14/10/2010, RCA 117/2009. El interesado formula recuso contra Acuerdo del Consejo de Ministros que le denegó la rehabilitación en su condición de funcionario de carrera del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación. El recurrente fue condenado por el delito de falsedad en documento oficial cometido en el ejercicio de su cargo como funcionario público (imitar firmas en giros postales). La Sala Tercera recuerda el carácter excepcional de la rehabilitación en la regulación vigente al facultar a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas a conceder la rehabilitación a los funcionarios condenados a la pena de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. La Sala, tras analizar las circunstancias del caso concreto, considera justificada la decisión del Consejo de Ministros denegando la concesión de la rehabilitación solicitada.

“En efecto, las apreciaciones debidamente ponderadas y justificadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, permiten constatar que se ha producido una adecuación clara de los hechos realizados, las circunstancias concurrentes y la fundamentación jurídica adaptada en el Acuerdo impugnado, que procede confirmar, ya que esta Sala ha declarado de manera repetida que la pérdida de la condición de funcionario, establecida en el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 a causa de la pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, no constituía una sanción disciplinaria, ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la condena penal, sino la ausencia sobrevenida de la aptitud para el ejercicio de funciones, como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación absoluta o especial.

Se trata de una previsión que guarda coherencia con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, de suerte que la pena de inhabilitación actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria, que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho previsto en la ley, que es la imposición de la pena. En este sentido se han pronunciado las sentencias de 13 de marzo de 1995, 3 de marzo de 1997, 18 de mayo de 1998 y 21 de diciembre de 2000, entre otras”.

1.3.2. No es posible la rehabilitación por silencio administrativo positivo en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público.

En la **STS, Sec. 7ª, 29/2/2012, RC 238/2011**, la Sala ratifica la sentencia que confirmó el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestimó la solicitud de rehabilitación en el Cuerpo de la Guardia Civil. El silencio positivo reclamado no puede ser acogido ya que, en el momento de presentarse la solicitud de rehabilitación estaba ya en vigor el art. 68 de la Ley 7/2007, que, en relación con esta materia de la rehabilitación, dispone lo siguiente:

«Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación a petición del interesado, de quien hubiera pedido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de rehabilitación.

Si transcurrido el plazo para dictar la resolución, no hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la resolución».

Este precepto ha de considerarse aplicable tanto en virtud del silencio sobre esta materia de la Ley 42/1999 como por el carácter supletorio que, según el art. 2.5, tiene el Estatuto Básico del Empleado Básico en relación con el personal de las AAPP no incluido en su ámbito de aplicación. Y, por ello, es inaplicable la jurisprudencia anterior que admitió el silencio positivo respecto de solicitudes presentadas antes de la vigencia del Estatuto. La denegación de la rehabilitación no merece ser anulada, está motivada y es coherente, y las circunstancias que toma en consideración para ello no revelan una ponderación que pueda considerarse errónea o arbitraria por excesiva.

1.3.3. Rehabilitación de funcionario. Solo se suspende el procedimiento durante el plazo de emisión del dictamen médico.

STS, Sec. 7ª, 20/10/2011, RC 5224/2010. El cómputo del plazo en el procedimiento que se sustancia es de seis meses para dictar y notificar la resolución expresa, desde que se iniciara a través de la solicitud del interesado descontando el tiempo en que se emitió el dictamen del Tribunal Médico del Cuerpo sobre valoración de la rehabilitación. En este caso, al haberse superado el plazo máximo procedería la estimación del recurso. Sin embargo, la Sala recuerda que el silencio negativo en los procedimientos de rehabilitación de funcionarios contenido en el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, viene exclusivamente referido a los supuestos de pérdida de la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación y no a aquellos otros en los que la extinción de la relación de servicio se produce a consecuencia de la pérdida de la nacionalidad o de la jubilación por incapacidad permanente para el servicio. Por ello sólo cabe que la Administración lleve a cabo la actividad administrativa necesaria para adjudicarle un puesto de trabajo o acreditarle en nómina en los términos que establece la normativa al respecto. La Sala no entra a

valorar ni efectúa pronunciamiento alguno sobre la capacidad o incapacidad del recurrente al restringirse el debate a dicha cuestión jurídica.

“Por ello, cuando se notificó el 31 de enero de 2008 (según resulta de la diligencia extendida al folio 32 del expediente administrativo) al Sr. Moreno Auñón la Resolución de fecha 24 de enero de 2008 de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, por la que se le denegaba la rehabilitación solicitada, el plazo máximo para resolver había expirado y la solicitud de rehabilitación formulada por aquél había sido estimada por silencio positivo.

Y en consecuencia hemos de estimar producidas las infracciones denunciadas en los dos primeros motivos del recurso, lo que nos conduce a la estimación del mismo, sin que ello suponga desconocer el criterio de esta Sala y Sección contenido en la sentencia de 24 de junio de 2010 (Rec. nº 487/2009- F.D. 5º) sobre la novedosa regulación de la materia contenida en el artículo 68 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de aplicación por criterios temporales, pues el silencio negativo en los procedimientos de rehabilitación de funcionarios contenido en su apartado 2, in fine, viene exclusivamente referido a los supuestos de pérdida de la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación y no a aquellos otros en los que la extinción de la relación de servicio se produce a consecuencia de la pérdida de la nacionalidad o de la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, contemplada en el apartado 1”.

1.3.4. Rehabilitación de funcionario. Falta de previsión de dicha posibilidad en supuestos de sanción disciplinaria de separación del servicio. Inexistencia de laguna legal. No vulneración del principio de igualdad.

STS, Sec. 7ª, 2/3/2011, RC 3734/2008. La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ex-Guardia Civil contra la resolución de 25 de febrero del 2004 del Director General de la Guardia Civil que le denegó la rehabilitación como miembro del citado Cuerpo, condición que había perdido por habersele impuesto una sanción disciplinaria de separación del servicio al haber sido previamente condenado por sentencia firme por un delito que llevaba aparejada la privación de libertad. La Sala centra la cuestión a resolver en si la exclusión legal de la rehabilitación para los casos en que la pérdida de la condición de Guardia Civil haya tenido su causa en una sanción disciplinaria, limitándola a los supuestos en que se deriva del cumplimiento de una condena penal, debe ser considerada una involuntaria laguna del legislador, susceptible de ser colmada mediante la analogía. Analizando la legislación aplicable se descarta la existencia de laguna en la legislación, considerando que existe una clara voluntad legislativa de negar la rehabilitación en los supuestos en que la pérdida de la condición funcional haya sido impuesta como sanción de naturaleza disciplinaria por lo que no cabe hablar de vulneración del principio de igualdad. Tampoco es extensible a las sanciones disciplinarias el fin de reeducación y reinserción social que el artículo 25 CE dispone para las penas. El legislador quería con esta medida una mayor exigencia y una superior irreprochabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

“TERCERO.- Esta Sala en la sentencia de 3 de febrero de 2010 (recurso 525/2007) abordó cuestiones sustancialmente coincidentes con las que son suscitadas en los dos primeros motivos de casación y las resolvió en sentido contrario al que es preconizado en el actual recurso.

Razones de coherencia y unidad de doctrina aconsejan reiterar lo que en ese anterior pronunciamiento se razonó, constituido, en lo que aquí interesa, por las siguientes declaraciones:

“(…) La cuestión principal que suscitan esos argumentos desarrollados por la demanda, para defender la pretensión que en ella se ejercita, es la interpretación que ha de darse a esa limitación de la posibilidad de rehabilitación tan sólo a los casos de pérdida de la condición de Guardia Civil derivada del cumplimiento de una condena penal que aparece en el texto literal del artículo 88.1.c) de la Ley 42/1999.

Lo que en concreto aquí ha de resolverse es si la exclusión de la rehabilitación para los casos en que la pérdida de la condición de funcionario haya tenido su causa en una sanción disciplinaria debe ser considerada una involuntaria laguna del legislador, susceptible por ello de ser colmada mediante la analogía (que es lo pretendido por el recurrente), o, por el contrario, debe ser interpretado y valorado como un terminante mandato del legislador.

Pues bien, dicho precepto debe ponerse en relación con lo que ha sido establecido con carácter general para la función pública, primero, en el artículo 37.4 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero) y, posteriormente, en el 68.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Básico del personal); y en estos dos preceptos legales que acaban de mencionarse aparece también limitada la rehabilitación solamente a las pérdidas de la condición funcional que hayan derivado de condenas penales.

Por tanto, ese silencio que viene a preconizar la demanda no puede ser compartido, pues lo que resulta es la clara voluntad legislativa de negar la posibilidad de rehabilitación en esos casos en que la pérdida de la condición funcional haya sido impuesta como sanción de naturaleza disciplinaria.

La primera consecuencia que resulta de lo anterior es la inviabilidad de la aplicación analógica que aquí es pretendida, por no ser de apreciar laguna normativa alguna sino un claro mandato legal; y la inmediata derivación posterior es la inviabilidad también de la vulneración del principio de igualdad y la desviación de poder así mismo denunciadas en la demanda, porque, como es bien sabido, la igualdad sólo puede ser invocada dentro de la legalidad, y no cabe hablar de apartarse de la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico cuando la actuación administrativa controvertida, como aquí sucede, es una directa aplicación de un inequívoco mandato legal.

(…) Lo que antecede merece ser completado con estas finales consideraciones.

La primera es que la limitación de la rehabilitación únicamente a la pérdida funcional derivada de una condena penal tiene una explicación que no es de advertir en la pérdida disciplinaria, representada por lo siguiente: que la conducta penal, con independencia de la reprochabilidad que pueda merecer

desde la perspectiva cívica de los intereses generales, puede ser totalmente ajena a la actividad funcionarial y no revelar por ello una ineptitud profesional en dicha condición; mientras que la pérdida funcionarial por una falta disciplinaria denota siempre la gravísima incapacidad profesional que significa el haber dejado de cumplir los principales deberes estatutarios que incumben al funcionario.

Y esa es la razón por la que esta Sala viene atribuyendo a los expedientes de rehabilitación instados por quienes perdieron su condición funcionarial como consecuencia de una condena penal esta finalidad: indagar si el delito que motivó esa condena, por su lejanía con el cometido funcionarial, no justifica derivar de él necesariamente una incapacidad para la condición de funcionario.

La segunda es que la sanción que en el caso aquí litigioso determinó la pérdida funcionarial tiene una clara naturaleza disciplinaria, aunque su origen haya estado en una conducta penal, y así es porque la concreta infracción disciplinaria que la motivó no está ligada a los fines de prevención general del Derecho penal sino a estos otros: los específicos intereses de la Administración pública de que las personas que realicen los importantes cometidos correspondientes a la Guardia Civil reúnan unas exigentes cualidades de irreprochabilidad personal".

El criterio que acaba de exponerse es válido, pues, para rechazar esos principales reproches que se hacen en los dos primeros motivos de casación.

El primero por no ser contraria al principio de igualdad la diferenciación establecida a efectos de rehabilitación entre sanciones penales y administrativas disciplinarias; y por lo que hace al segundo, por no ser extensible a las sanciones disciplinarias el fin de reeducación y reinserción social que el artículo 25 CE dispone para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, pues una cosa es ese fin [que equivale al propósito de incorporación a la sociedad como un ciudadano normal de la persona que haya cumplido una condena penal o una medida de seguridad], y otra distinta la exigencia de la superior irreprochabilidad que es establecida en las leyes para apreciar la capacidad profesional que resulta necesaria para el desempeño de funciones públicas.

Y para el tercer motivo debe asumirse como acertado lo que viene a razonar la sentencia de instancia: que firme la sanción administrativa inicialmente impuesta por no haber sido impugnada, el procedimiento de rehabilitación no es cauce adecuado para instar la revisión de su validez".

2. Extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera

2.1. Jubilación

2.1.1. Extinción de la relación estatutaria del personal al servicio de Instituciones públicas de salud. Las «necesidades asistenciales» constituyen la clave para la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa.

La STS, Sec. 7ª, 15/2/2012, RC 1234/2011, ratifica la sentencia que confirmó la resolución que denegó al recurrente la permanencia en servicio activo, pues, por una parte, no existe incongruencia omisiva en relación con la concurrencia o no de las necesidades asistenciales que permiten adoptar la decisión de denegación de prórroga en servicio activo, ya que una lectura conjunta de la sentencia permite afirmar que la misma tuvo en cuenta toda la prueba practicada. Además, siendo cierto que la motivación exige dejar constancia de los elementos probatorios en los que se apoya la conclusión, no lo es menos que la jurisprudencia no exige respuesta individualizada respecto a cada documento, sino que basta una respuesta globalizada.

Por otro lado, si fuese aceptable que el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece el derecho subjetivo a la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años, podría tal vez exigirse que, para el establecimiento de la jubilación forzosa a los 65 años en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, fueran necesarios unos condicionamientos impeditivos o limitativos de ese pretendido derecho. Pero no constituye tal derecho, sino una mera facultad condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración en función de las necesidades de organización.

2.1.2. Posibilidad de jubilación voluntaria parcial del personal estatutario al servicio de la Administración sanitaria.

STS, Sec. 7ª, 7/6/2012, RC 29/2010. El TS desestima el recurso de casación en interés de la Ley promovido por el INSS y la TGSS en relación con la jubilación parcial del personal estatutario. A este respecto, como cuestión de orden público procesal, se afirma la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de esta clase de pleitos, ya que la Ley 55/2003 configura como una relación funcional la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria a través de los distintos Servicios de Salud. La Sala ratifica la sentencia que confirmó el derecho a percibir por la recurrente en instancia la pensión de jubilación voluntaria parcial anticipada de personal estatutario de los Servicios de Salud. Por otro lado, rechaza el recurso de casación en interés de la Ley porque la jurisprudencia ha reconocido que la modalidad de jubilación parcial solo está prevista en el ordenamiento de la Seguridad Social para los trabajadores por cuenta ajena, pero necesita un desarrollo propio y específico respecto a quienes, como el personal estatutario de los Servicios de Salud, tienen un régimen jurídico muy distinto en relación con la prestación de servicios. A juicio del TS, la jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no necesariamente requiere en la totalidad de los casos, como preconiza el recurso de casación en interés de la ley, la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos.

“Al realizar un planteamiento de la cuestión suscitada nos encontramos que esta misma Sala y Sección ha tenido ya ocasión de pronunciarse en nuestras sentencias de 9 de febrero de 2010 (recurso de casación en interés de la Ley 17/2008) y 14 de julio de 2011 (recurso de casación en interés de la Ley 54/2008) y 24 de mayo de 2012 al resolver el recurso de casación en interés de ley nº 19/2010, al considerar que «la jubilación parcial del personal estatutario de los Servicios de Salud no necesariamente requiere en la totalidad de los casos, la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos». Y ello al entender (fundamento de derecho quinto), de la interpretación conjunta de los artículos 26.4 de la Ley 55/2003 y 67, apartados 2 y 4, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que tales preceptos diferencian dos posibilidades respecto de la jubilación parcial:

1ª) El acceso a la jubilación parcial se regula como una iniciativa del funcionario que éste decide en atención principal a sus intereses personales y, sin necesidad de decidir ahora si está establecida como un derecho perfecto o, por el contrario, pendiente de ser desarrollado en una ulterior regulación complementaria, lo cierto es que los preceptos legales antes transcritos únicamente remiten a lo que sobre esta modalidad de jubilación se establece en la Ley General de Seguridad Social, pero sin incluir la exigencia de la previa elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos; y una vez que se acude a dicha Ley General de la Seguridad Social [a su artículo 166, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y, a su vez, remite al contrato de relevo del Estatuto de los Trabajadores], lo que se comprueba efectivamente es que, cuando es otorgada antes de la edad ordinaria de jubilación, se condiciona a un simultáneo contrato de relevo, lo que equivale a configurar esta concreta modalidad de jubilación parcial como una medida dirigida a favorecer el empleo.

2ª) Una segunda posibilidad de jubilación parcial que, en ambos preceptos legales, sí es enmarcada dentro de la planificación u ordenación que de sus recursos humanos establezca la correspondiente Administración pública empleadora de la persona que accede a dicha jubilación y, por ello, demuestra que responde a una finalidad diferente a la de esa primera modalidad; pues en esta segunda lo que se persigue es dar respuesta a las necesidades de ajustes de plantilla que se puedan presentar en dicha Administración; y, además, se prevé (en la Ley 7/2007) que esa respuesta puede consistir en establecer para la jubilación parcial unas “condiciones especiales” (lo que sugiere unas modalidades especiales diferentes de la jubilación parcial establecida como regla general)”.

2.1.3. La jubilación del profesorado universitario está establecida a los setenta años y ni la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni el Real Decreto 1558/1986 contienen una previsión diferente para el caso de quienes desempeñen una plaza vinculada a los servicios de salud.

STS, Sec. 7ª, 12/12/2011, RC 1569/2009.

“El dato principal a tener presente es que el Sr. Rubio Caballero pertenecía al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad y que, como consecuencia, en tanto funcionario docente de la Universidad de Lérida tenía derecho a no jubilarse forzosamente por razón de edad hasta cumplir los setenta años, conforme a la disposición adicional décimoquinta, 5 de la Ley 30/1984. Ciertamente, obtuvo su plaza con arreglo a lo previsto en las citadas disposiciones legales, pero ni del artículo 61 de la Ley Orgánica de Universidades ni del artículo 105 de la Ley 14/1986 resulta lo contrario pues el primero, fuera de decir que la plaza se considerará un único puesto de trabajo, somete a este profesorado al régimen general y, en atención a sus peculiaridades, a las disposiciones de la Ley 14/1986, así como a las normas que el Gobierno establezca para ellos. Pues bien, si examinamos la Ley General de Sanidad, comprobaremos que su artículo 105 se limita a establecer un régimen especial para las pruebas de habilitación ya que exige a los aspirantes, además de los requisitos generales, acreditar estar en posesión del título de médico especialista o de farmacéutico especialista que proceda y cumplir las exigencias que en cuanto a su cualificación asistencial se determinen reglamentariamente. Asimismo, dispone que, en la primera de las pruebas, las comisiones nombradas para juzgarlas valoren, junto a sus méritos e historial académico e investigador, los propios de la labor asistencial de los candidatos, también en la forma que se determine reglamentariamente. Y para el posterior concurso de acceso a los cuerpos docentes universitarios establece que dos de los miembros de las comisiones que los decidan serán elegidos por sorteo público en la institución sanitaria correspondiente. No hay más singularidades.

Por el contrario el Real Decreto 1558/1986, cuando regula el régimen de los conciertos a suscribir entre las Universidades y las instituciones sanitarias respecto de las plazas vinculadas, se preocupa porque en ellos se salvaguarden los derechos del profesorado universitario. Así su artículo 4, incluye entre las bases generales a las que deben ajustarse tales conciertos, la d cimoquarta, que dice así:

“Uno.- Sin perjuicio de las especificaciones que se establecen en el presente Real Decreto, los Profesores que desempeñan plaza vinculada tendrán los derechos y deberes inherentes a su condición de Cuerpos Docentes de Universidad y de personal estatutario del régimen correspondiente de la Seguridad Social o de la Institución concertada que corresponda cuando ésta no pertenezca a la misma”.

No parece aventurado calificar como derecho inherente a la condición de funcionario de los cuerpos docentes universitarios el de no jubilarse forzosamente por edad antes de cumplir los setenta años. Más allá de lo que hubiera de establecerse respecto de la legalidad de la decisión del ICS --que no se examina en este proceso-- no hay norma legal que disponga para los profesores universitarios que desempeñan plazas vinculadas un régimen de jubilación diferente al de los demás. Y tampoco hay la que les imponga la carga de combatir decisiones de Administraciones diferentes de la universitaria sobre su jubilación para conservar ese derecho.

La naturaleza de la plaza docente, su carácter vinculado, no es óbice a lo anterior. En primer lugar, porque ni la legislación universitaria ni la sanitaria han previsto para quienes las desempeñan un régimen de jubilación diferente al del resto del profesorado universitario. En segundo lugar, porque cabe

desvincularlas y, en tercer lugar, porque siendo cierto que se es profesor titular de Universidad de un determinado área de conocimiento, también lo es que los departamentos, llamados a organizar la docencia, disponen de margen suficiente para aprovechar de manera satisfactoria el personal docente adscrito a ellos sin que por ello sufra el interés general que preocupa a la Universidad de Lérida.

Tanto el Rector como el Sindic de Greuges de la Universidad de Lérida afirman la existencia de una laguna en este punto, y esta última, cuando apunta los inconvenientes derivados de la solución pretendida por el recurrente, seguramente está planteando la conveniencia de dar a estos supuestos una regulación específica. Sin embargo, siendo verdad que no hay, como se ha dicho, una norma especial para el caso, es indudable que permanece la norma general y frente a ella, frente a un derecho reconocido por la Ley, no pueden prevalecer argumentos apoyados en juicios sobre lo que podría, para el punto de vista de quien los hace, ser más conveniente.

Así, pues, la actuación impugnada en la instancia ha hecho valer una causa de jubilación sin sustento legal, en contradicción con lo previsto en la disposición adicional décimoquinta, 5 de la Ley 30/1984 y la sentencia, en tanto ha confirmado tal actuación de la Universidad de Lérida, infringe el artículo 23.2 de la Constitución en relación con los citados preceptos de la Ley Orgánica de Universidades y de la Ley 14/1986, por darles un contenido que no tienen, y, también, el artículo 3.1 del Código Civil en la medida en que los ha interpretado incorrectamente”.

2.1.4. Clases pasivas. Prolongación en el servicio activo más allá de los setenta años para poder causar derecho a la pensión mínima.

STS, Sec. 7ª, 19/9/2011, RC 454/2009. Planteada la inadmisibilidad del recurso basada en la carencia de interés casacional y en que el recurso no afecta a un gran número de situaciones ni posee el suficiente contenido de generalidad es rechazada ya que la carencia de interés casacional no la determina, antes al contrario, la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión. Precisamente, por no haberlos en un extremo controvertido de relevancia, ese interés comparece con toda claridad. Por otro se somete a consideración de la Sala el momento en que debe producirse la jubilación forzosa de un funcionario/a que es la de sesenta y cinco años. Tal es la regla. No obstante, tiene la excepción de la prolongación del servicio activo "como máximo" hasta los setenta años -momento en que se declarará de oficio tal jubilación forzosa-a petición de la persona interesada y se hubieren cumplido las normas de procedimiento dictadas al efecto por las Administraciones. Excepción que, a su vez, tiene otra excepción: la exclusión de ella de los funcionarios de los cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación. Por tanto, bastará con considerar que la prohibición de permanecer en activo más allá de los setenta años se circunscribe a los supuestos de prolongación voluntaria del servicio tras haber llegado a los sesenta y cinco años pero no al previsto en el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas el cual se plantea para completar el período de carencia.

“Según se ha visto, la sentencia de instancia acogió el razonamiento de la demanda y entendió que la prolongación del servicio activo prevista en el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas cabe más allá de los setenta años que fijaba el artículo 33 de la Ley 30/1984 tras su reforma de 1996 como edad máxima de permanencia en él. Para resolver el litigio suscitado por el motivo de casación no nos sirven las normas que han establecido con anterioridad para algunos cuerpos singulares edades de jubilación forzosa porque, como vamos a ver, de lo que se trata es de saber cuál es la establecida con carácter general en la función pública a partir de la cual puede jugar dicha prolongación. Tampoco sirven aquellas normas que permiten a los docentes universitarios completar el curso académico cuando cumplan durante el mismo la edad de jubilación pues se trata de una norma específica prevista en interés de sus alumnos. No es relevante, en otro sentido, el anterior pronunciamiento de la Sala de Barcelona al que se refiere la sentencia recurrida, pues, al margen de que no nos vincula, contempla un supuesto bien diferente al presente.

La solución ha de venir, por tanto, del examen de aquél artículo 33 y, también, del artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas. Este último, tal como lo dejó redactado el artículo 2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, dispone lo siguiente:

"2. La referida jubilación o retiro puede ser:

a) De carácter forzoso, que se declarará automáticamente al cumplir dicho personal la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro.

No obstante, si el personal de que se trate, al cumplir la edad para su jubilación o retiro forzoso, tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado y no hubiera completado los quince que como mínimo, se exigen en el siguiente artículo 29 para causar derecho a pensión en su favor, podrá solicitar prórroga en el servicio activo del órgano competente para acordar su jubilación, prórroga que comprenderá exclusivamente el período temporal que le falte para cubrir el de carencia antes mencionado, y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio".

Mientras tanto, el tenor del artículo 33 de la Ley 30/1984, modificado en 1996, era éste:

"La jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad. Las Administraciones Públicas dictarán las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho.

De lo dispuesto en el párrafo anterior quedan exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación".

La primera conclusión que puede establecerse es que la prórroga del artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas dice relación a la "edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro". Es decir,

no opera en abstracto ni respecto de cualquier otra edad. Y la legalmente señalada como determinante de la jubilación es --así lo indica el párrafo primero del artículo 33 de la Ley 30/1984 tras su reforma de 1996-- la de sesenta y cinco años. Tal es la regla. No obstante, tiene la excepción de la prolongación del servicio activo "como máximo" hasta los setenta años --momento en que se declarará de oficio tal jubilación forzosa-- siempre que así se hubiere solicitado por la persona interesada y se hubieren cumplido las normas de procedimiento dictadas al efecto por las Administraciones. Excepción que, a su vez, tiene otra excepción: la exclusión de ella de los funcionarios de los cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación.

Así, pues, podría entenderse que si la edad a la que se remite el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas ha de ser la de sesenta y cinco años, entonces la prórroga que contempla ha de operar respecto de ella. De este modo, la prolongación del servicio activo que establece pasaría a ser necesaria para la Administración y para el funcionario que no haya cumplido los quince años efectivos de servicios exigidos por el artículo 29 de ese texto legal para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación pero sí, al menos, doce, sea apto para ese servicio, y quiera obtener ese derecho.

El problema que suscita esta interpretación es que conduce al solapamiento en el mismo espacio temporal --el comprendido entre los sesenta y cinco y los setenta años-- de dos prórrogas concebidas con distinta finalidad y distinta duración y que una de ellas deja sin sentido a la otra. En efecto, la del artículo 33 permite llegar hasta los setenta años al margen de cuántos hayan sido los de servicios efectivos del funcionario afectado y del motivo por el que pida la prolongación. La del artículo 28.2 a), en cambio, exige, al menos, doce años de servicios, que sea necesaria para completar los quince exigidos por el artículo 29 de la Ley de Clases Pasivas para tener derecho a pensión ordinaria y dura solamente el tiempo imprescindible para llegar a ellos.

Sostener que esta última juega en el mismo margen de edad que la otra no es lógico porque, con la primera ya se cumplirá el objetivo de la segunda siempre que el funcionario que se acoja a ella antes de cumplir los setenta años de edad alcance los quince de servicios sean doce, once o diez los que hubiere completado al cumplir sesenta y cinco años de edad. Además, esa interpretación no tiene presente que el texto del reiteradamente mencionado artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas se estableció en 1990. O sea, cuando la edad legalmente señalada para la jubilación forzosa era la de sesenta y cinco años sin que cupiera prórroga o prolongación del servicio activo más allá de la misma. Por tanto, si el legislador de 1990 admitió tal prolongación por encima de los sesenta y cinco años fijados en aquél momento por el artículo 33 de la Ley 30/1984 para la jubilación forzosa, cuando este precepto pasó a admitir la permanencia en activo hasta los setenta años es coherente sostener que esa prolongación para completar el período de jubilación pueda ir más allá de dicha edad. De otro modo se deja vacío de contenido el artículo 28.2 a).

Este entendimiento no fuerza su tenor, que puede entenderse en el sentido de que se refiere a la edad máxima de jubilación, y tampoco el del artículo 33, ya que bastará con considerar que la prohibición de permanecer en activo más allá de los setenta años se circunscribe a los supuestos de prolongación voluntaria del servicio tras haber llegado a los sesenta y cinco años pero no al previsto en

el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas. Por otro lado, del Estatuto Básico del Empleado Público, texto legal que no es aplicable al caso, no se desprenden razones determinantes de una solución diferente porque sigue admitiendo la prolongación del servicio activo hasta los setenta años en los términos de las Leyes de función pública que se dicten.

Si a todo ello añadimos la finalidad buscada por el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas, facilitar el acceso a la protección social que supone la pensión, se hace más clara la solución procedente.

En definitiva, hemos de desestimar el motivo y, con él, el recurso de casación de la Generalidad de Cataluña”.

2.2. Inhabilitación

2.2.1. Solicitud de reingreso al servicio activo. Imposibilidad. Pena de inhabilitación especial que determinó la pérdida de la condición de funcionario.

STS, Sec. 7ª, 27/6/2011, RC 5647/2007. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra la desestimación por silencio administrativo de sus solicitudes de reingreso al servicio activo en el Cuerpo Técnico de Hacienda, al entender que dichos actos impugnados eran conformes a derecho, pues el recurrente había perdido la condición de funcionario y sólo quien posee dicha condición puede interesar el reingreso. La Sala confirma la sentencia recurrida y, tras desestimar la inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado al apreciar que el debate sobre si persiste o no la condición funcionarial en el recurrente deba quedar al margen del recurso de casación, desestima el recurso al entender la sentencia recurrida no supone la extensión de los efectos de la inhabilitación especial a que fue condenado a cargos distintos del contemplado por la sentencia que le impuso dicha pena, ya que al haber sido el recurrente inhabilitado como subinspector de tributos, ello determinaba que careciera del requisito básico para poder integrarse en los nuevos Cuerpos, ya que la inhabilitación le supuso la pérdida del cargo o empleo al que se refiere, por lo que al adquirir firmeza la condena penal, el recurrente quedó fuera de la función pública, no pudiendo integrarse en ninguno de los Cuerpos que solicitó.

“Ahora bien, lo determinante para rechazar este motivo de casación es que, al haber sido inhabilitado el recurrente como subinspector de tributos, o sea como funcionario del Cuerpo de Gestión, carecía del requisito básico para integrarse en los nuevos ya que la inhabilitación supone la pérdida del cargo o empleo al que se refiera y la prohibición de acceder al mismo durante el tiempo de condena. Así, pues, firme la condena penal, el Sr. Aranda Serrano quedó fuera de la función pública por lo que ni podía integrarse en el Cuerpo Técnico de Hacienda ni en el de Auditoría y Contabilidad aunque estuviera en posesión de los diplomas de Gestión y Liquidación y de Contabilidad. De ahí que la desestimación de sus solicitudes de reingreso al servicio activo fuera procedente y que no se haya extendido la pena de inhabilitación más allá de sus confines”.

2.2.2. Inhabilitación especial para cargo público.

STS, Sec. 7ª, 24/6/2011, RC 3080/2008. Se anula una Sentencia de la Audiencia Nacional y, en consecuencia, la sanción de separación del servicio impuesta al recurrente, miembro del Cuerpo Nacional de Policía. La inhabilitación especial para cargo público tiene dos efectos de conformidad con el Código Penal: 1º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él, y 2º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena. Esos efectos tienen una clara incidencia en la relación funcional en virtud de la cual se ejercía el cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación, pues suponen la extinción de dicha relación preexistente. También determinan para el condenado la incapacidad de acceder al mismo cargo o empleo durante el tiempo que dure la condena. La resolución administrativa que privó de la cualidad de funcionario público al recurrente supuso la pérdida de la condición de funcionario como un acto de aplicación directa de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por lo que, a juicio del TS, faltaba el presupuesto habilitante para la incoación del procedimiento disciplinario ulterior.

“QUINTO.- La cuestión objeto de debate se centra en determinar los distintos efectos producidos por la condena a la pena de inhabilitación especial para cargo público por tiempo de diez meses, a que dio lugar la Sentencia de 29 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid, y que fue la que originó la Resolución del Secretario de Estado para la Seguridad de 11 de junio de 2004 por haber devenido firme la sentencia dictada, y la separación de servicio acordada en el expediente sancionador iniciado por Resolución de 20 de septiembre de 2005 del Ministerio del Interior en el marco de un procedimiento administrativo.

Sobre esta materia, esta Sala ya ha señalado anteriormente (STSS de 5 de octubre de 2004, rec. cas. 7991/1998; y de 10 de abril de 2006, rec. cas. 7405/2000) que la inhabilitación especial para cargo público, en el Código Penal tiene sus efectos definidos en el artículo 42 (antiguo artículo 36), y que son los siguientes: 1º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él; y 2º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Esos efectos tienen una clara incidencia en la relación funcional en virtud de la cual se ejercía el cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación, pues suponen la extinción de dicha relación preexistente; y también determinan para el condenado la incapacidad de acceder al mismo cargo o empleo durante el tiempo que dure la condena.

Por ello, la pérdida de la condición de funcionario, como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación, que disponen el antiguo artículo 37.1.d) del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/64, de 7 de febrero (hoy, artículo 63 de la Ley 7/2007, de 12 de abril), y el artículo 28.1.1ª de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no es sino la concreción en la relación funcional de los efectos de la pena de inhabilitación especial que

define y establece el código penal; y lo mismo puede decirse del requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas (artículos 30.1.e) del TA/LFCE y 44.2 de la Ley 17/1989).

***SEXTO.**- El examen precedente permite diferenciar en la pena de inhabilitación especial para cargo público estos dos aspectos: a) es una sanción impuesta en un proceso penal por un órgano jurisdiccional de esa misma naturaleza; y b) es, simultáneamente, un hecho con incidencia en la relación funcionarial en los términos que se han expresado, y que opera como presupuesto habilitante de los órganos administrativos con competencia en materia de personal para dictar la correspondiente resolución administrativa que declare la extinción funcionarial.*

En el caso examinado, la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 11 de junio de 2004 privó de la cualidad de funcionario público al recurrente en el marco de un proceso que garantizara sus derechos en el ejercicio adecuado y correcto del artículo 42 (antiguo artículo 36) del Código Penal y del art. 37.1.d) del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/64, de 7 de febrero (hoy, artículo 63 de la Ley 7/2007, de 12 de abril) y en aplicación del art. 37.2 del citado Decreto, supuso la pérdida de la condición de funcionario como un acto de aplicación directa de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por lo que, en el sentir mayoritario de la Sala, faltaba el presupuesto habilitante para la incoación del procedimiento disciplinario ulterior.

En consecuencia, procede estimar los argumentos expuestos por el recurrente y considerar inadecuada la interpretación del apartado 2 del art. 15 del RD 884/1989, de 14 de julio, por la sentencia recurrida, procediendo la anulación del procedimiento disciplinario incoado al recurrente por Resolución del Director General de la Policía de 20 de septiembre de 2005 y resuelto por Resolución del Excmo. Sr. Ministro del Interior de 23 de octubre de 2006”.

2.2.3. Extinción de la relación de servicio como consecuencia de condena por falsedad documental. La inhabilitación para cargo público supone la extinción de la relación funcionarial.

STS, Sec. 7ª, 3/3/2011, RC 3623/2008. Se formula recurso de casación contra sentencia desestimatoria en la instancia por la que se recurre la resolución del Ministerio de Defensa que acuerda la pérdida de la condición de Guardia Civil del recurrente como consecuencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, y que condenó al mismo, entre otros, a la pena de inhabilitación especial por tiempo de un año como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial. La parte alega falta de motivación e incongruencia omisiva de la resolución recurrida. La Sala aprecia carencia de fundamento en tales alegaciones, subrayando que no existen tales vicios y recordando la jurisprudencia de la Sala según la cual no concurre falta de motivación o incongruencia omisiva en aquellas resoluciones judiciales que, sin ocuparse pormenorizadamente de cada una de las alegaciones o argumentos expuestos en la demanda, dan una respuesta conjunta y global que constituya una adecuada fundamentación a la controversia planteada. Respecto al fondo, la Sala recuerda que la

condena penal a la pena de inhabilitación especial, para cargo público, conlleva dos claros efectos: 1º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él; y 2º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena. Esos efectos tienen una clara incidencia en la relación funcional, la cual extinguen.

“CUARTO.- El análisis de los dos primeros motivos del recurso de casación, planteados al amparo del artículo 88.1.d) nos lleva a recordar que respecto a la condena penal a la pena de inhabilitación especial, esta Sala ya ha señalado anteriormente (STSS de 5 de octubre de 2004, rec. cas. 7991/1998; y de 10 de abril de 2006, rec. cas. 7405/2000) que la inhabilitación especial para cargo público, en el Código Penal tiene sus efectos definidos en el artículo 42 (antiguo artículo 36), y que son los siguientes: 1º) La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él; y 2º) La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Esos efectos tienen una clara incidencia en la relación funcional en virtud de la cual se ejercía el cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación, pues suponen la extinción de dicha relación preexistente; y también determinan para el condenado la incapacidad de acceder al mismo cargo o empleo durante el tiempo que dure la condena. Por ello, la pérdida de la condición de funcionario, como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación, que disponen el antiguo artículo 37.1.d) del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/64, de 7 de febrero (hoy, artículo 63 de la Ley 7/2007, de 12 de abril), y el artículo 88.1.c) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, no es sino la concreción en la relación funcional de los efectos de la pena de inhabilitación especial que define y establece el Código Penal; y lo mismo puede decirse del requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas (artículos 30.1.e) del TA/LFCE y 44.2 de la Ley 17/1989).

Lo anterior permite diferenciar en la pena de inhabilitación especial para cargo público estos dos aspectos: a) es una sanción impuesta en un proceso penal por un órgano jurisdiccional de esa misma naturaleza; y b) es, simultáneamente, un hecho con incidencia en la relación funcional en los términos que se han expresado, y que opera como presupuesto habilitante de los órganos administrativos con competencia en materia de personal para dictar la correspondiente resolución administrativa que declare la extinción funcional. Así, la pena de inhabilitación opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal.

QUINTO.- Proyectada la indicada doctrina jurisprudencial en el caso que nos ocupa, y como bien señala el Abogado del Estado, del contenido de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, procedimiento abreviado nº 21/2004, en fecha 26 de abril de 2005, no cabe duda que la pena de inhabilitación especial impuesta al aquí recurrente, lo fue respecto de su condición de funcionario público y, por tanto, respecto de su cualidad de miembro de la Guardia Civil. En este sentido el Fundamento de Derecho primero de dicha resolución señalaba que: “PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados en la presente resolución son constitutivos de un

delito de lesiones y falsificación de documento oficial por funcionario público, previsto y penado en los artículos 147.1 y 390.1, 2º y 4º del Código Penal respecto del acusado Francisco Javier Mariño Álvarez" y a ello añadía el Fundamento Quinto: "Se rechaza la insolvencia declarada por el Instructor de Francisco Javier Mariño Álvarez y de ..., dada su condición de Guardias Civiles, funcionarios públicos que cobran por nómina, y en la correspondiente pieza de responsabilidad civil no consta que hayan sido suspendidos de empleo y sueldo, debiéndose embargar la parte correspondiente de su sueldo, devolviéndose a tal efecto al Instructor".

Tal condena implica la Resolución dictada por el Ministerio de Defensa, confirmada por la sentencia recurrida, como medida que opera automáticamente, y que es objeto de recurso, en aplicación del artículo 88.1.c) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil el cual señala de forma clara, la pérdida de la condición de Guardia Civil y de militar de carrera de la Guardia Civil como consecuencia de pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación de los dos primeros motivos del recurso de casación".

2.2.4. Pérdida de la condición de Guardia Civil por haber sido condenado a la pena de inhabilitación especial. Inexistencia de indefensión por falta de audiencia previa. Obligación de la Administración de hacer cumplir condena penal.

La STS, Sec. 7ª, 16/1/2012, RC 3901/2010, desestima el recurso de casación y confirma la legalidad de una resolución del Director General de la Guardia Civil, por la que se declaraba la pérdida de la condición de Guardia Civil como consecuencia de la condena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, en aplicación del art. 88.1.c) de la Ley 42/1999, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

El TS declara que la sentencia impugnada se ajusta a la jurisprudencia de la Sala, según la cual las resoluciones que acuerdan la pérdida de la condición funcional como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación operan automáticamente, respecto de la pérdida de dicha condición, desde que se imponen, y que por carecer de carácter sancionador no requieren, en contra de lo sostenido por el recurrente, de un previo procedimiento administrativo que incluya trámite de audiencia, toda vez que la Administración se limita a constatar la existencia de tal sanción y a aplicar la consecuencia jurídica querida por la Ley.

2.3. Sanción disciplinaria de separación del servicio.

2.3.1. Separación del servicio. Dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción. Principio non bis in ídem.

STS, Sec. 7ª, 16/6/2011, RC 1697/2008. Se confirma una Sentencia de la Audiencia Nacional en relación con la separación del servicio de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía. El primer motivo del recurso plantea la cuestión de la prescripción de la infracción cometida. El plazo de prescripción de la falta, en este caso de seis años al tratarse de una infracción muy grave, no comienza a correr desde que la falta se hubiere cometido, sino que al referirse a la falta integrada por la realización de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso", la apreciación de la existencia de un delito doloso sólo puede realizarse en una sentencia penal de carácter firme, de manera que no puede estarse al momento del hecho generador de la infracción como postula el recurrente. En cuanto al motivo segundo, no ha habido una doble sanción penal y disciplinaria sino que, como consecuencia del primer expediente disciplinario incoado, se acordó la suspensión provisional de funciones hasta que se le notificó el archivo del expediente por caducidad. Tampoco existe el elemento preciso para apreciar la identidad proscrita en el artículo 25 de la CE, pues el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública mientras que en el tipo disciplinario consistente en la realización de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso" el fundamento de la sanción es procurar la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía, en cuanto interés legítimo y propio de la Administración Pública.

“OCTAVO.- El planteamiento del recurrente señala que ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho y como destaca el Abogado del Estado, no ha habido una doble sanción penal y disciplinaria sino que, como consecuencia del primer expediente disciplinario incoado, el nº 149/96, se acordó la suspensión provisional de funciones hasta el 26 de mayo de 2005 en que se le notificó el archivo del expediente por caducidad.

Esta medida de suspensión provisional de funciones es una medida cautelar que, como dispone el art. 8.3 de la L.O. 2/1986, puede adoptarse como consecuencia de la incoación de procedimiento disciplinario a raíz de un procedimiento penal y “podrá prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la Legislación General de Funcionarios.” A su vez, el Reglamento de 1989, después de reproducir lo anterior en su art. 19.2, dispone en el art. 34 lo siguiente: “3. El tiempo de suspensión provisional como consecuencia de expediente disciplinario no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. 4. No obstante, el tiempo de suspensión provisional en expediente disciplinario tramitado simultáneamente con procedimiento penal por los mismos hechos, podrá prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el ámbito penal, excepto en cuanto a la suspensión de sueldo, en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios.”

Esto último es lo que ha sucedido en el presente caso, sin que la prolongada duración de la suspensión provisional de funciones altere su naturaleza de medida cautelar, pero, en cualquier caso, tampoco existe el elemento preciso para apreciar la identidad proscrita en el artículo 25 de la CE, pues el bien

jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública mientras que en el tipo disciplinario consistente en la realización de “cualquier conducta constitutiva de delito doloso” el fundamento de la sanción es procurar la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía, en cuanto interés legítimo y propio de la Administración pública, y para que esta satisfaga adecuadamente los intereses generales a cuyo servicio viene constitucionalmente obligada. En este sentido, las sentencias de esta Sala de 19 de noviembre de 2008 rec. 3791/2004 y 27 de febrero de 2009 rec. 7017/2004.

Por último, aun cuando el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 2/1986, 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (al igual que el artículo 12 del Reglamento 884/1989 de 14 de julio de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía que desarrolla la citada ley, establece como sanciones que pueden imponerse a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía por la comisión de faltas muy graves, bien, la de separación del servicio, bien la de suspensión de funciones de tres a seis años, la Administración optó y razonó, ante la gravedad de los hechos, la imposición de la primera sin que pueda aceptarse, como se pretende, computar la suspensión de funciones acordada como medida cautelar con el cumplimiento efectivo de una sanción de suspensión”.

IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

1. Derechos retributivos.

1.1. Tras la aprobación del EBEP, se han de abonar a los funcionarios interinos los trienios devengados también con carácter retroactivo.

STS, Sec. 7ª, 25/7/2012, RC 128/2010. Se desestima el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Comunidad de Madrid contra una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, en relación con el abono de unos trienios a una funcionaria interina de Justicia. A este respecto, la STS de 7/4/2011, y otras posteriores, han examinado la cuestión planteada, que se centra en determinar si el reconocimiento de los trienios prestados ha de producir efectos retributivos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, con los límites de prescripción que prevé la Ley, señalando que la cuestión planteada había sido resuelta en sentido favorable mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 22 de diciembre de 2010, en dos cuestiones prejudiciales. En consecuencia, se descarta toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada o que, por el contrario, ya estuviese fijada por el Tribunal Supremo, como es el caso.

“PRIMERO.- La defensa y representación de la Comunidad de Madrid ha solicitado a esta Sala que dicte en su día sentencia por la que, estimando el recurso de casación en interés de la Ley, fije la doctrina legal correcta que declare, resumidamente, que "la fecha de efectividad de los trienios reconocidos a los funcionarios interinos por servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se determinan con arreglo a lo dispuesto, de forma expresa, en el artículo 25.2 del mismo. Por tanto, los trienios correspondientes a servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP sólo tendrán efectos retributivos a partir de la entrada en vigor del mismo".

TERCERO.- Para analizar la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que acoge la pretensión formulada por lo recurrente procede subrayar que esta Sala y Sección, en la precedente sentencia de 7 de abril de 2011, al resolver el recurso de casación en interés de ley nº 39/2009 y en las posteriores de 9 de junio de 2011 (casación en interés de ley 74/09), 11 de junio de 2011 (casación en interés de ley 22/2010) y 14 de julio de 2011 (casación en interés de ley 15/10), ya examinó la cuestión objeto de debate, centrada en determinar si el reconocimiento de los trienios prestados ha de producir efectos retributivos de los mismos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, con los límites de prescripción que marca la Ley y señaló que la cuestión planteada había sido resuelta mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/2009 y C-456/2009,

en cuestiones prejudiciales formuladas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña y nº 3 de Pontevedra .

Ello sentado, hemos de afirmar con nuestra reciente sentencia de 7 de junio de 2012 (Recurso de casación en interés de Ley, que por lo demás viene a ajustarse a una doctrina constante de esta Sala), F.D. Sexto, 2º, «ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada -o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo (sentencias de 8 de octubre de 2003 y 18 de abril de 2005)»

Se impone así por lo expuesto la desestimación del presente recurso de casación en interés de Ley”.

1.2. Gratificaciones por servicios extraordinarios.

STS, Sec. 7ª, 17/11/2010, RC 2710/2007. Se interpone recurso de casación contra sentencia desestimatoria en la instancia en relación con una Relación de Puestos de Trabajo en lo que afecta al Cuerpo de Policías Municipales del Ayuntamiento de Madrid en relación con los complementos retributivos por productividad. La parte considera que el acuerdo vulnera lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 30/1984, que define como retribución complementaria las gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. A ello añade que la sentencia no se pronuncia sobre la alegación referida a la forma en que quedan regulados los días festivos y la vulneración del principio de publicidad, por no publicarse el Preacuerdo Marco en el Boletín Oficial en texto completo. La Sala recuerda que, como ya ha señalado anteriormente, lo que pretende la legislación es impedir que se simule una retribución periódica y fija dentro del concepto de gratificación por servicios especiales, pero ello no impide que, cuando no se den estas circunstancias, y nos encontremos ante servicios que exceden de los legalmente obligatorios, se prevea una gratificación, y el sistema de retribuirlos, que no por ello hace fijas las cantidades a percibir, que siempre dependerán de los servicios realizados de forma extraordinaria.

“Para el recurrente, lo que se acuerda supone encubrir, bajo la rubrica del complemento de productividad por servicios especiales, la retribución de unas gratificaciones por servicios extraordinarios que son fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. Pero como claramente se desprende de la regulación de esta retribución, tiene carácter extraordinario, para aquellos servicios que se realicen voluntaria y excepcionalmente fuera de las horas de servicio. En consecuencia, como ya ha dicho esta Sala en anteriores ocasiones, lo que pretende la legislación es impedir que se simule una retribución periódica y fija dentro del concepto de gratificación por servicios especiales, pero ello no impide que, cuando no se den estas circunstancias, y nos encontremos ante servicios que exceden de los legalmente obligatorios, se prevea una gratificación, y el sistema de retribuirlos, que no por ello hace fijas las cantidades a percibir, que siempre dependerán de los servicios realizados de forma extraordinaria”.

1.3. Disminución de los complementos permaneciendo inalterado el contenido funcional del puesto de trabajo sin que se aporte una justificación suficiente de esa modificación.

STS, Sec. 7ª, 18/10/2010, RC 3863/2007. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra sentencia de TSJ por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por una funcionaria contra Orden autonómica por la que se aprobó la Relación de Puestos de Trabajo de determinados Servicios de la Diputación General de Aragón al considerar contrario a derecho la disminución de los complementos que había experimentado el puesto de trabajo de la recurrente por no haberse aportado una justificación razonada de dicha modificación. La Sala confirma la sentencia de instancia al corresponder a la Administración justificar el ejercicio de sus potestades discrecionales y, a falta de una motivación suficiente, se habrá de considerar que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Tras reconocer que la Comunidad Autónoma de Aragón tiene autonomía para organizar su función pública, señala que dicha potestad de autoorganización no le autoriza para tomar decisiones que restrinjan los derechos de los funcionarios si no media la correspondiente habilitación legal, apreciando que en el proceso de elaboración de la Orden recurrida no se explicaron las razones por las que, permaneciendo invariable el contenido del puesto de la demandante, se redujeron sus complementos.

“Es la Administración la que debe justificar el ejercicio de sus potestades discrecionales y, a falta de una motivación suficiente, esto es, bastante y coherente, ha de considerarse que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Por otro lado, ninguna duda hay de que la Comunidad Autónoma goza de autonomía para organizar su función pública, sin embargo, esa potestad de autoorganización no le autoriza para tomar decisiones que restrinjan los derechos de los funcionarios si no media la correspondiente habilitación legal. Y aquí falta porque --con independencia de cuanto dice la sentencia de Zaragoza sobre el incumplimiento de la normativa aragonesa sobre función pública, extremo en el que no entramos-- en el proceso de elaboración de la Orden recurrida no se ha explicado por qué, permaneciendo invariable el contenido del puesto, cambian, se ven reducidos sus complementos”.

1.4. Es discriminatoria la diferencia establecida en cuanto al complemento específico entre los profesores de secundaria y los maestros que prestan servicios en los equipos de orientación educativa y psicopedagógica.

STS, Sec. 7ª, 10/6/2009, RC 3152/2006. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra sentencia de TSJ que declaraba haber lugar a la cuestión de legalidad suscitada por un Juzgado en relación con el Decreto autonómico por el que se fijan cantidades retributivas para el año 2003 del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, anulando el anexo V por no contemplar el componente singular específico por el desempeño de puesto de trabajo docente singular para el caso de profesores de

Educación secundaria de la Especialidad Psicología y Pedagogía, adscritos a los Servicios de Servicios de Orientación Educativa y Psicopedagógica. La Sala, para determinar si en relación al complemento específico asignado a determinados puestos de trabajo se han observado rectamente las exigencias que comporta el principio constitucional de igualdad, considera decisivo constatar si existen o no en los puestos de trabajo objeto de comparación una identidad sustancial en cuanto a las condiciones particulares que rodean el desempeño del contenido funcional del puesto, sin que resulte relevante la titulación exigida al titular de su puesto para su ingreso en la función pública, no pudiéndose hacer diferencias entre puestos de trabajo que, como los objeto de análisis por la sentencia de instancia, presentan la referida identidad en cuanto a las circunstancias objetivas de su desempeño.

“Para determinar si en relación al complemento específico asignado a determinados puestos de trabajo se han observado rectamente las exigencias que comporta el principio constitucional de igualdad, lo decisivo será constatar, en los puestos que sean objeto de comparación, si existe o no en ellos una identidad sustancial en cuanto a las condiciones particulares que únicamente pueden determinar tal complemento retributivo por aplicación de lo dispuesto en ese repetido artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984; esto es, si los puestos así contrastados son o no coincidentes en lo relativo a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.

Y debe subrayarse que estas condiciones particulares se han de derivar de las circunstancias que rodeen el desempeño del contenido funcional del puesto y no de la titulación que haya sido exigida al titular de su puesto para su ingreso en la función pública, pues esa es la única finalidad legalmente contemplada para el complemento específico de que se viene hablando.

Lo que acaba afirmarse es coherente con el sistema funcionarial acogido por esa Ley 30/1984, en el que, dentro de la función pública, se diferencian unos elementos subjetivos, que son los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de encuadramiento de los funcionarios, y los Grupos en que son diferenciados en razón de la titulación exigida para el ingreso (artículo 25); y unos elementos objetivos, representados principalmente por los puestos de trabajo, que son clasificados en diferentes niveles a los efectos de la promoción profesional (artículo 25). Y, paralelamente, también se establece una estructura retributiva (artículo 23) que responde a esa dualidad: las retribuciones básicas, apoyadas en los elementos subjetivos, y los complementos de destino y específico, configurados en atención exclusiva a los datos objetivos que, por razón de su cometido funcional o sus circunstancias, configuran el puesto de trabajo.

Por tanto, las condiciones personales del funcionario no son un factor que pueda ser ponderado a los efectos del complemento específico, por ser ajenas a esos únicos elementos objetivos que la ley tiene en cuenta para configurar y reconocer esta específica modalidad de retribución complementaria; elementos que están constituidos, como ya se ha dicho, por esas notas objetivas de dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad que concurren en determinados puestos de trabajo, con independencia de la persona que los ocupe, en razón de las circunstancias objetivas que necesariamente han acompañar al desempeño de sus cometidos funcionales.

La consecuencia que se deriva de lo anterior es que, teniéndose que ponderar a los efectos del complemento específico únicamente esos elementos objetivos del desempeño del puesto de que se viene hablando, no es constitucionalmente aceptable, desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 14 CE, establecer diferencias entre puestos de trabajo cuando todos ellos presenten una sustancial identidad en cuanto a las circunstancias objetivas de su desempeño.

Esa identidad, por lo que hace a los Maestros y Profesores de Secundaria que presten servicios como integrantes de los Equipos Orientación Educativa y Psicopedagógica, no resulta desmentida por la Orden de 9 de diciembre de 1992, pues en ella no aparece establecida una diferenciación de funciones para esos funcionarios docentes en razón de cual sea su Cuerpo de pertenencia. Por tanto, es acertada la consideración de la sentencia de instancia de que esa diferenciación no tiene base normativa en dicha orden ministerial.

Tampoco es convincente la posibilidad de diferenciación de funciones que quiere ver el recurso de casación teniendo en cuenta la habilitación otorgada a la Administración educativa para establecer las líneas preferentes de actuación de los Equipos (en el artículo 5 de esa Orden de 1992). Y no lo es por lo siguiente: porque, de traducirse las líneas así fijadas en diferentes funciones objetivas, serían esas diferencias objetivas que de hecho se hubieran producido, y no las derivadas del Cuerpo de pertenencia, las que podrían justificar un distinto trato; y remitiendo esto último a la situación fáctica que realmente se haya dado, debe recordarse que en el caso aquí enjuiciado la sentencia recurrida ha apreciado en ese plano fáctico una igualdad de cometidos entre Maestros y Profesores de Secundaria”.

2. Derechos funcionales.

2.1. No hay un derecho adquirido de los funcionarios a disfrutar de un horario inalterable ni a ser excluidos de las guardias.

STS, Sec. 7ª, 22/11/2010, RC 5686/2007. La Junta de Extremadura interpone recurso de casación contra sentencia estimatoria parcial en la instancia por la que se declara nulo un artículo del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Agentes del Medio Natural de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Tal precepto obligaba al personal que no quisiera integrarse en el nuevo Cuerpo a que daba lugar la norma impugnada, a realizar a quienes pertenecen a un cuerpo y categoría inferior (grupo D), funciones propias de uno superior (grupo C). Con carácter previo, la Sala no aprecia la carencia de juicio de relevancia en el escrito de preparación de la Junta, y a que alude la parte recurrida como causa de inadmisibilidad. La cuestión discutida se centra en una cuestión de horario y a la imposición a todos los agentes, tanto a los que se han integrado en la nueva especialidad como a los que no lo han hecho, de la obligación de realizar guardias. El TS estima el recurso recordando que el régimen funcional es de carácter estatutario y, por tanto, sometido a las modificaciones que establezcan las normas que lo regulan. En virtud de ello, la Sala entiende que el argumento de la parte recurrida y relativo a derechos adquiridos para permanecer de forma invariable en la función pública, no es de recibo, recordando la potestad de la Administración de autoorganización.

“Así, hemos podido ver que, a la postre, todo se reduce a una cuestión de horario y a la imposición a todos los agentes, tanto a los que se han integrado en la nueva especialidad como a los que no lo han hecho, de la obligación de realizar guardias ya que admiten expresamente los recurridos que, fuera de ese extremo, unos y otros hacen lo mismo. Por otro lado, también parecen admitir que ese cambio tendría su correspondiente repercusión retributiva aunque los conceptos variasen en función de que se trate de Agentes del Medio Natural o de aquellos que no hayan llegado a adquirir esta condición y permanecen en la situación precedente.

Pues bien, como igualmente admiten los recurridos, la posición de los funcionarios no es fija e invariable sino sujeta a los cambios que, dentro de los márgenes que le permite el ordenamiento jurídico, establezca para ella la Administración correspondiente. El régimen funcional, según ha dicho insistentemente la jurisprudencia, es de carácter estatutario y, por tanto, sometido a las modificaciones que establezcan las normas que lo regulan. En este contexto, los derechos adquiridos a los que se refiere la sentencia y en los que insisten los actores en la instancia tienen un espacio muy circunscrito que, desde luego, no se extiende hasta el extremo de consolidar el derecho a un determinado horario de trabajo. Es, por el contrario, a la Administración a la que corresponde establecerlo y siendo, en principio, general, nada obsta que afecte por igual a funcionarios encuadrados en diferentes grupos y cuerpos. Por lo demás, no nos parece fuera de lugar la relación establecida por la Junta de Extremadura entre la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio público de vigilancia medioambiental y el establecimiento de un mismo horario y régimen de guardias para el personal adscrito a él, aunque pertenezcan a cuerpos o especialidades diferentes. Desde esta perspectiva, no parece que puedan esgrimirse derechos adquiridos a no someterse a cambios de horario debidos a la mejor organización y prestación del servicio o a ser excluidos de las guardias, siempre que tales modificaciones sean establecidas por la autoridad competente y respeten las exigencias legalmente establecidas para su determinación, aspectos estos sobre los que no se ha planteado ninguna objeción (...).

Por tanto, habida cuenta de que no cabe hablar del derecho a conservar un horario determinado ni a verse excluido del régimen de guardias y que no se ha explicado en qué otros aspectos se modifica el régimen de los funcionarios no integrados en la nueva especialidad de Agentes del Medio Natural como consecuencia de su sometimiento al Reglamento de la misma, no se advierte cuáles son los derechos adquiridos infringidos como consecuencia de lo dispuesto por este artículo 2.2”.

3. Derechos asistenciales.

3.1. Derecho al permiso de paternidad.

STS, Sec. 7ª, 8/7/2010, RCIL 63/2009. Se formula recurso de casación en interés de ley contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia por la que se acordó condenar a la Administración demandada a abonar al recurrente íntegramente las cantidades dejadas de percibir por el disfrute de su permiso de paternidad. La Sala Tercera del TS, tras detallar pormenorizadamente los requisitos que conforman y caracterizan el recurso en interés de ley, considera que, en el caso presente, la Administración recurrente no ha acreditado que la doctrina contenida en la sentencia recurrida sea errónea, recogiendo el contenido de la misma una fundamentación adecuada a la normativa en vigor sobre los permisos de paternidad.

“El citado artículo 49.c) EBEP se erige así como precepto directamente aplicable y no permite abrigar duda alguna sobre el contenido del permiso de paternidad por nacimiento de hijo, que es independiente del permiso de dieciséis semanas que pueden disfrutar el padre o la madre en los supuestos que contemplan los apartados a) y b) del artículo 49 del EBEP (permiso por parto y permiso por adopción o acogimiento), caracterizados como periodos de descanso en las situaciones de maternidad y paternidad”.

V. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. Libre designación

1.1. Modificación de la relación de puestos de trabajo. Forma de provisión de puestos de libre designación.

STS, Sec. 7ª, 22/6/2012, RC 6736/2010. La Sala confirma la sentencia de instancia que anuló parte de la RPT impugnada por no justificar suficientemente la provisión de determinados puestos por el sistema de libre designación. Tras destacar que la sentencia de Asturias razona adecuadamente su decisión resalta que al amparo del art. 88.1.d) se denuncia la incongruencia interna de la sentencia que debería haberse articulado al amparo del apartado c), a lo que se añade la pretensión de la revisión de la valoración de la prueba realizada en instancia, que resulta improcedente salvo que se invoque como motivo de casación que la Sala de instancia ha conculcado concretos y singulares preceptos, doctrina jurisprudencial sobre valoración de la prueba o bien que ésta es arbitraria, irracional o las reglas sobre la prueba tasada, lo que no sucede. Finalmente, la Sala reafirma que la opción de recurrir al sistema de libre designación para la cobertura de determinados puestos debe ser explicada de manera precisa y particularizada por la Administración.

“Los anteriores razonamientos resultan plenamente aplicables al presente recurso de casación, por lo que procede su desestimación, ya que frente a lo que se argumenta en el mismo, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha concluido correctamente que en este caso no está debidamente justificada la adopción del sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo, por no haberse justificado de manera suficiente que se trate de puestos de especial responsabilidad”.

1.2. Provisión de puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. Justificación necesaria de cada puesto de trabajo.

STS, Sec. 7ª, 21/5/2012, RC 5754/2010. Se confirma una sentencia del TSJ de Asturias que decidió que no era conforme a Derecho la provisión por el procedimiento de libre designación de determinados puestos de trabajo incluidos en la RPT del personal funcionario de la Administración autonómica y de sus organismos y entes públicos dependientes. El Alto Tribunal señala que el referido procedimiento de provisión de puestos exige una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación; justificación que es necesaria desde el momento en que el Estatuto Básico del Empleado Público no altera la consideración que merecen el concurso y la libre designación como mecanismos de provisión de puestos de trabajo. El concurso, dice el artículo 79.1 de ese texto legal, es la regla, el modo normal de proveerlos, mientras que la libre designación es la excepción. Como toda excepción a la regla ha de ser interpretada estrictamente y la

Administración, cuando quiera servirse de ella por entender que el puesto de trabajo es de especial responsabilidad o de confianza, deberá justificarlo de forma específica.

“La sentencia no ha infringido los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público invocados por la Sala de Oviedo sino que se ajusta a las exigencias que se desprenden de ellos y de la jurisprudencia que exige una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, se dan los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación. Justificación que es necesaria desde el momento en que el Estatuto Básico del Empleado Público no altera la consideración que merecen el concurso y la libre designación como mecanismos de provisión de puestos de trabajo.

El concurso, dice el artículo 79.1 de ese texto legal, es la regla, el modo normal de proveerlos, mientras que la libre designación es la excepción. Como toda excepción a la regla ha de ser interpretada estrictamente y la Administración, cuando quiera servirse de ella por entender que el puesto de trabajo es de especial responsabilidad o de confianza, deberá justificarlo sin que sirvan para ello, como tiene declarado esta Sala en las sentencias que cita la Sala de Oviedo y en otras muchas cuya reiteración excusa de cita, ha de ser específica y no genérica. De ahí que la sentencia no acepte la motivación que se limita a fórmulas estereotipadas pero sí tenga por suficiente la que, a partir de las funciones del puesto, pone de relieve la concurrencia de los requisitos legales.

Es cierto que el artículo 80.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, a diferencia del artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984, no enumera, respecto de la Administración del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, puestos concretos que deban ser provistos por libre designación ni dice que deban serlo los de carácter directivo que este último precepto asimilaba a los mencionados expresamente y equiparaba a los de especial responsabilidad. Para la recurrente esto significa que no puede utilizarse como parámetro de la legalidad de la Relación de Puestos de Trabajo en este extremo el carácter directivo de los que se quieren cubrir del modo controvertido, aunque llame la atención que en la contestación a la demanda el Principado de Asturias acudiera a él para justificar la provisión por libre designación de diversos puestos impugnados.

Dejando ahora al margen la consideración de que difícilmente un puesto de carácter directivo puede ser ajeno a las notas de especial responsabilidad y confianza, exigidas por el invocado artículo 80.2 para que proceda la libre designación, sucede que esto último --la especial responsabilidad y la confianza-- es, precisamente, lo que ha buscado, puesto a puesto, en el expediente la sentencia, de manera que ha anulado la previsión del sistema de libre designación cuando no las ha encontrado mientras que la ha confirmado allí donde la ha visto debidamente justificada. Por tanto, ha aplicado escrupulosamente el precepto teniendo presente la jurisprudencia sentada sobre el particular”.

1.3. Modificación de RPT. Anulación de puestos de libre designación. Carácter excepcional de dicho sistema. La justificación de esa forma de provisión no se puede encontrar en el nivel de complemento de destino asignado a dichos puestos.

STS, Sec. 7ª, 18/6/2012, RC 1879/2011. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra sentencia de TSJ que estimó parcialmente el recurso promovido por un Sindicato contra un Decreto autonómico que modificó parcialmente la Relación de Puestos de Trabajo de una Consejería, anulando determinados puestos de trabajo al considerar que el sistema de libre designación previsto para su cobertura no se encontraba suficientemente justificado. La Sala, tras desestimar el motivo en el que se argumentaba la falta de legitimación del Sindicato puesto que considera que ésta reside en el interés legítimo de sus afiliados en acceder por concurso a dichos puestos, desestima el segundo motivo siguiendo los razonamientos seguidos en sentencias precedentes y recordando que la libre designación constituye un sistema de cobertura de puestos de trabajo de carácter excepcional que precisa, caso de que la Administración acuda a él, que se justifiquen las razones de su utilización a la luz de singulares cometidos concurrentes de cada uno de los puestos de trabajo de manera que se puedan valorar si presentan o no el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez de dicho sistema de provisión, no habiendo, en el presente caso, la Junta de Andalucía indicado dónde consta dicha motivación o en qué consiste.

“El segundo motivo tampoco puede prosperar porque la sentencia no infringe el artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984 ni la jurisprudencia. Al contrario, lo ha interpretado conforme a la doctrina sentada reiteradamente por esta Sala que recoge la nuestra ya citada de 21 de julio de 2011 (casación 1036/2010) y las anteriores que menciona. En esencia, consiste en exigir, para que proceda la utilización del sistema de libre designación, una justificación, puesto por puesto, de la concurrencia de las circunstancias legalmente previstas para autorizarla a la luz de los singulares cometidos concurrentes de cada uno, de manera que se pueda valorar si presenta o no el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez de la provisión de este sistema de libre designación y sin que sean suficientes a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto.

Ha de subrayarse a este respecto que la Junta de Andalucía no ha indicado en qué lugar consta la motivación indicada ni en qué consiste. Por tanto, en la medida en que la Sala de Granada acogió el recurso contencioso-administrativo, precisamente, por no hallar la necesaria justificación de la opción seguida en el punto controvertido por la Relación de Puestos de Trabajo, no ha incurrido en las infracciones denunciadas”.

1.4. Es posible proponer que quede desierto el puesto de trabajo a proveer por libre designación, pese a que haya solicitantes que cumplan los requisitos exigidos.

STS, Sec. 7ª, 25/3/2010, RC 146/2006. El recurso de casación anula una Sentencia del TSJ de Cataluña que declaró la nulidad del art. 20.2 del Decreto 169/2001, de 26 de

junio, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del Cuerpo de Mozos de Escuadra, pues con cita de anteriores pronunciamientos, el TS avala la conformidad a Derecho del expresado precepto. La libre designación como procedimiento para la provisión de puestos de trabajo se caracteriza por la decisión discrecional de la Administración, reconociendo la Ley 30/1984 que la remoción de funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por este procedimiento es discrecional. Dicha Ley contempla el informe del titular del centro al que pertenece el puesto de trabajo a proveer por este sistema sin atribuirle carácter vinculante ni regular tampoco que pueda proponer que se deje desierto el puesto pese a la existencia de aspirantes que reúnan las condiciones indispensables exigidas en la convocatoria. Nada impide que así se pronuncie el encargado de emitirlo, pues lo que se está valorando entre los solicitantes que poseen tales requisitos es su idoneidad para asumir la especial responsabilidad propia de los puestos que se cubren de esta manera. La libre designación no puede tener el alcance de una designación forzosa. De ahí que los razonamientos de la Sentencia de instancia no resulten de lo que se desprende de la Ley 30/1984 y que deba ser por ello anulada.

“a) El artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984, en la redacción vigente al dictarse este Decreto y al resolverse el recurso contencioso-administrativo por la Sala de instancia, contemplaba, entre los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, el de libre designación para aquellos en que así lo previeran las relaciones de puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones.

Ese mismo precepto, en su párrafo segundo, precisaba que, en el ámbito de la Administración del Estado, de sus organismos autónomos y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sólo podrán proveerse de este modo los puestos de subdirector general, delegados y directores regionales o provinciales, secretarías de altos cargos, así como los de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así lo determinen las relaciones de puestos de trabajo.

b) La jurisprudencia, por otro lado, ha sido constante en el esfuerzo por circunscribir la utilización de este procedimiento a sus estrictos límites exigiendo a las Administraciones Públicas que motiven la procedencia, conforme a estas previsiones de la Ley 30/1984, de acudir a él en lugar de al concurso que es el sistema normal de provisión de los puestos de trabajo. Son tan reiterados los pronunciamientos en ese sentido que no es preciso hacer ahora cita de sentencias. Ahora bien, la orientación jurisprudencial es restrictiva precisamente porque cuando se acude a la libre designación entran en juego elementos discrecionales en la decisión administrativa y, por tanto, abren un escenario cualitativamente distinto al ordinario de los concursos.

c) En contra de lo que se desprende de la sentencia en que se apoya la de instancia, en la libre designación juega la decisión discrecional de la Administración. Así lo reconoce la Ley 30/84 cuando autoriza la remoción con carácter discrecional de los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por este procedimiento y por otra parte, es la misma Ley 30/1984 la que contempla el informe del titular del centro al que pertenece el puesto de trabajo a proveer por este sistema.

Es verdad que el artículo 20.1.c), cuando dispone ese trámite ni atribuye carácter vinculante a ese informe ni dice que pueda proponer que se deje

desierto el puesto pese a que haya aspirantes a él que reúnan las condiciones indispensables exigidas en la convocatoria, pero también lo es que nada impide que así se pronuncie el encargado de emitirlo porque lo que se está valorando, obviamente entre los solicitantes que poseen tales requisitos, es su idoneidad para asumir la especial responsabilidad propia de los puestos que se cubren de esta manera. Juicio discrecional que no se reduce a contrastar los méritos en cuestión sino que implica un paso más que los trasciende, de manera que es perfectamente posible que, pese a haber varios aspirantes que cumplen las exigencias señaladas, no encuentre idóneo a ninguno.

d) La decisión que se adopte finalmente, tanto si sigue el criterio expresado en el informe que nos ocupa, como si se aparta de él, podrá ser combatida jurisdiccionalmente como todos los actos que incorporan elementos discrecionales, en este caso atendiendo especialmente a las características del puesto y a las de quienes lo piden, para lo que será fundamental el examen de la motivación en que la Administración debe apoyar su decisión, pero no puede reducirse la libre designación admitida por la Ley a la elección forzosa de uno de los aspirantes. Esto, ni siquiera se da necesariamente en los concursos pues, si la Administración fija una puntuación mínima para adjudicar las vacantes, el puesto deberá declararse desierto en el caso de que nadie la alcance y mucho menos cabe exigirlo en la libre designación.

Aquí el juicio de idoneidad viene a desempeñar una función equiparable a ese mínimo y se convierte en el presupuesto para la adscripción.

e) Finalmente, el artículo 80 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, confirma esta interpretación, al explicitar lo que ya se desprendía de la Ley 30/1984”.