



Roj: **ATS 3799/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3799A**

Id Cendoj: **28079130012017200710**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2017**

Nº de Recurso: **393/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

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

AUTO

En la Villa de Madrid, a 25 de abril de 2017

HECHOS

PRIMERO. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 2 de diciembre de 2015 de la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), que inadmitió la solicitud de revisión de oficio de la resolución del tribunal calificador del ejercicio de la fase de oposición, así como la resolución de la Dirección General del SESCAM, de fecha 9 de enero de 2010, que puso fin al proceso selectivo para la provisión de plazas de auxiliares de la función administrativa en dicha institución, turno libre, convocado por resolución de 5 de octubre de 2009, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia desestimatoria de fecha 26 de septiembre de 2016 (recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 495/2015).

SEGUNDO. Debe señalarse, en primer término, que el recurrente en la instancia y también en casación, D. Torcuato, presentó la solicitud de revisión de oficio ante el conocimiento de que por sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2014 (recurso de casación nº 195/2012), fue estimado parcialmente el recurso interpuesto por otras dos aspirantes que participaron, por el turno libre, en el mismo concurso-oposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, si bien para el ingreso en la categoría de celador.

La cuestión litigiosa, entonces como ahora, tiene su origen en el distinto trato que, según el turno en el que se participara, la Administración establecía en las bases de la convocatoria en relación con el acceso. Mientras que en el turno libre se fijó un número máximo de opositores para pasar a la fase de concurso, no se hizo así en el turno de discapacitados ni tampoco en el de promoción interna.

Como dijimos anteriormente, en fecha 2 de enero de 2014 esta Sala dictó sentencia estimatoria del recurso interpuesto, en relación con el mismo proceso selectivo, por participantes del turno libre, al entender que la diferencia de criterio establecido en las bases entre el turno libre -al establecer una nota de corte- y el turno de promoción interna -sin dicha nota de corte-, implicaba infracción del artículo 23 de la Constitución.

Decíamos entonces que "es fundada la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución que denuncia el primer motivo de casación, al ser de compartir, por todo lo que seguidamente se explica, los argumentos que han sido desarrollados en el recurso para defender dicha denuncia.



La primera premisa del análisis de ese motivo debe ser lo que el artículo 31 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003) establece sobre el concurso-oposición como sistema de selección, y lo que se constata en la regulación contenida en este precepto es lo que continúa.

El sistema de concurso-oposición es el establecido con carácter general; y está necesariamente compuesto de dos mecanismos o fases selectivas, que son: (I) la oposición, consistente en realizar dentro del proceso selectivo pruebas cuyo objeto principal es evaluar, a través de las mismas la competencia, aptitud e idoneidad de los aspirantes para las funciones objeto de convocatoria; y (II) el concurso, que se materializa en la valoración de los currículos de los aspirantes a los efectos de evaluar lo que de ellos resulte sobre la competencia, aptitud e idoneidad de dichos aspirantes.

La segunda premisa es que la promoción interna ciertamente es un derecho del personal estatutario fijo, pero en el que también rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículo 34. del Estatuto Marco); y esto lo que significa es la necesidad de establecer una reserva de plazas para este turno de acceso, pero con la inexcusable observancia, una vez salvada esta concreta diferencia que configura tal modalidad de acceso, de los requerimientos que demanda el debido respeto al derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

Y la tercera premisa es que, dispuesto el sistema de concurso-oposición para el turno de acceso libre y para el de promoción interna, ese postulado constitucional de la igualdad impone que en ambos turnos habrán de operar con la misma autonomía y con los mismos criterios de calificación o valoración esas dos fases en lo que tengan de común, y que así habrá de ser mientras no aduzca y justifique la Administración razones de las que pueda resultar conveniente otra solución.

La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, ha de coincidir con el recurso en que esa diferencia de trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución.

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

Y ha de afirmarse también que la única razón visible parece ser agilizar el proceso selectivo, limitando con ese fin el número de aspirantes que serán evaluados en la fase de concurso; pero esa razón, por lo alejada que está de la finalidad principal de todo proceso selectivo, y por lo desproporcionado de sus resultados en cuanto a la distinta situación en que coloca a los aspirantes de uno y otro turno en orden a la ponderación de los méritos de su experiencia profesional, no tiene entidad suficiente para justificar ese distinto trato que aquí combate el recurso.

A lo que antecede debe añadirse algo más: ese distinto trato aquí cuestionado se ha traducido en un perjuicio efectivo y real para las recurrentes, al haber sido excluidas de la fase de concurso subsiguiente a la de oposición, y al haberseles privado, así, de la posibilidad de que se evaluaran unos méritos, correspondientes a su experiencia o servicios prestados, que les podrían haber permitido obtener una puntuación final total suficiente para figurar en la relación definitiva de aspirantes seleccionados en el proceso selectivo.

Y tal perjuicio ha de ser evaluado en las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce la exclusión, sin que se les pueda exigir para ello la prueba de hechos o datos (los méritos de otras aspirantes) que en ese momento no están a su alcance".

Posteriormente, en relación con el mismo proceso selectivo, varios aspirantes que concurrieron por el turno de discapacitados interpusieron el recurso de casación nº 419/2015, resuelto por la sentencia de 18 de marzo de 2016, en la que se reiteró el criterio ya expuestos en la sentencia de 2 de enero de 2014, "afirmando de nuevo que el postulado constitucional de igualdad que se deriva del artículo 23 de la Constitución impone que todos los turnos deberían haber operado con los mismos criterios de calificación o valoración de las dos fases del proceso selectivo en lo que tienen en común, y que así habrá de ser mientras no aduzca y justifique la Administración razones de las que pueda resultar conveniente otra solución (...).

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



el turno libre y viceversa porque si en el turno libre se establece una limitación de los opositores que puedan pasar a la fase de concurso por qué razón no se establece en el turno de discapacitados (...).

Todos deben ser tratados en el proceso selectivo bajo el mismo criterio, es decir si hay nota de corte lo es igual para todos los turnos (libre discapacitados y promoción interna), si no hay nota de corte no la debe haber para ninguno de los turnos. Así pues el Tribunal se decanta en ese sentido porque los recurrentes sufrieron un trato desigual y contrario los principios de igualdad mérito y capacidad, por aplicarles unos criterios para acceder a la fase de concurso, no se aplicaron en el resto de los turnos del proceso".

TERCERO. Los razonamientos seguidos por la sentencia de 26 de septiembre de 2016 de la Sala de Castilla-La Mancha, que ahora pretende recurrirse en casación, para justificar su fallo desestimatorio, consisten, resumidos aquí en lo esencial, en lo siguiente.

Se examinan sucintamente, en primer término, los procesos que dieron lugar a las correspondientes sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, antes mencionadas, así como la fundamentación jurídica contenida en estas últimas, concluyendo que entre ellas existe una *contradicción insoluble* con las siguientes palabras:

"Una vez que en la primera sentencia se anuló la regla para el turno libre, no entendemos por qué no declaró, en la segunda, en cuanto al turno de discapacitados, que no había ya desigualdad pues todos eran ya tratados igualmente (sin regla); estimando en lo sucesivo los recursos de los recurrentes que acudieran en relación al turno libre solicitando la eliminación de la regla (por ejemplo solicitando revisión de oficio) y rechazando los del turno de discapacitados que pidieran su imposición, porque ya no había desigualdad una vez eliminada la regla del turno libre".

A continuación, la Sala de instancia añade que, con la finalidad de evitar que los denominados "interinos perpetuos" desplacen con sus méritos a otros aspirantes que obtuvieron altas calificaciones, resulta "del todo lógico que se establezca la regla limitativa en el turno libre; la hace innecesaria en el turno de promoción interna (pues en él no pueden participar interinos); y la hace necesaria en el turno de discapacitados de la misma forma que lo era en el turno libre (...).

Siendo así, entendemos que la única manera de garantizar tanto la igualdad como la razón de ser de una regla que solo podemos calificar de muy adecuada es resolver de acuerdo con el criterio de que todos los turnos en los que la regla tenga sentido (libre y discapacitados) deben ser tratados igualmente; y tratados igualmente con aplicación, no con inaplicación, de la regla mencionada, pues dicha regla es totalmente acertada desde el punto de vista constitucional del mérito y la capacidad, que queda conciliado con el de la igualdad".

En definitiva, siempre a juicio de la Sala de instancia, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 instaura la regla limitativa, en relación con el turno de discapacitados, que la anterior sentencia de 2 de enero de 2014 había suprimido, señaladamente, en relación con el turno libre, siendo así que la sentencia recurrida en la actual casación concluye que dicha regla debe regir tanto en el turno de acceso libre como en el turno de discapacitados.

CUARTO. La representación procesal de D. Torcuato, parte recurrente en la instancia, ha preparado recurso de casación, considerando infringidos los artículos 23.2 de la Constitución; 61.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; 30.2 y 31.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, así como la doctrina jurisprudencial que invoca.

En su escrito de preparación afirma el actor que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo siguiente:

1) Lo dispuesto en la letra a) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (en adelante, LJCA). Así, se dice que la sentencia recurrida es contradictoria con otras dos sentencias de la misma Sala y Sección de instancia, así como con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2014 (recurso de casación nº 195/2012), anteriormente extractada, que en lo relativo al turno libre del mismo proceso selectivo, si bien por la categoría de celador -no de auxiliares de la función administrativa- anuló la denominada regla limitativa.

Señala asimismo que la posterior sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2016 (recurso de casación nº 419/2015), también extractada con anterioridad, no entra en contradicción con la sentencia de 2 de enero de 2014, pues ambas anulan la actuación administrativa consistente en aplicar la regla limitativa a uno solo de los tres turnos. Para el caso de que no exista tal contradicción, el actor pretende, de forma subsidiaria, que se opte por una de las dos doctrinas.



- 2) Lo dispuesto en la letra b) del artículo 88.2 LJCA, manifestando que la doctrina establecida sobre las normas que invoca el recurrente es gravemente dañosa para los intereses generales, toda vez que la oposición no permitiría acreditar la capacidad mínima profesional y que la misma no sería la misma para todos los opositores, sino que variaría en atención al turno por el que los mismos opten.
- 3) Lo dispuesto en la letra c) del artículo 88.2 LJCA, considerando que la sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones y trasciende del caso objeto del proceso. Señala que la convocatoria litigiosa se concreta en la provisión de 483 plazas y que la sentencia recurrida conecta con otras tantas convocatorias idénticas derivadas de la misma oferta de empleo del SESCAM para el año 2009.
- 4) Lo dispuesto en la letra e) del artículo 88.2 LJCA, considerando que la sentencia recurrida interpreta con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional, como sería en este caso la articulación técnica del juicio de igualdad.
- 5) Lo dispuesto en la letra i) del artículo 88.2 LJCA, en la medida en que la sentencia que se combate en casación ha sido dictada en un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, viéndose concernido el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución.
- 6) Lo dispuesto en la letra b) del artículo 88.3 LJCA, considerando que la sentencia recurrida se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, toda vez que "la mera mención de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de ciertas contradicciones entre dos sentencias del Tribunal Supremo que según dice son insolubles, ya evidencia una básica negativa a aplicar una de ellas, que es justamente la que favorece a esta parte".

QUINTO. Por auto de 12 de enero de 2017 la Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales, del expediente administrativo y de opinión sucinta y fundada, unida al oficio de remisión, acerca del interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, en virtud del artículo 89.5 LJCA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Es cierto que esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones similares a las que el presente recurso plantea.

Así, en la expresada sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso de casación nº 419/2015), hemos sostenido, por referencia a la anterior sentencia de 2 de enero de 2014 (recurso de casación nº 195/2012), derivadas de sendas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, referidas al mismo proceso selectivo, bien que en la categoría de celador, que "resulta totalmente contrario a los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública (art. 23.2) que se establezca en una misma oposición para una misma categoría profesional, distinto nivel de exigencia para superarla, dependiendo del turno por el que se participe. El nivel de exigencia debe ser idéntico para todos los aspirantes".

Consecuencia de lo anterior es que ambos recursos de casación fueron estimados, anulando las sentencias recurridas y ordenando a la Administración demandada, en la sentencia de 18 de marzo de 2016, que "tome en consideración a efectos del proceso selectivo de los aquí recurrentes los mismos criterios que aplicó en el turno libre y determine si aplicando esos criterios en el turno de discapacitados los recurrentes en casación obtienen plaza", y, en la sentencia de 2 de enero de 2014, "que permita a las recurrentes pasar a la fase de concurso del proceso selectivo litigioso y valore en ellas los méritos que aporten y justifiquen de conformidad con lo establecido en la convocatoria".

SEGUNDO. Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA en cuanto a los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificadas las normas de Derecho estatal infringidas y efectuado el oportuno juicio de relevancia, la Sección de Admisión coincide con la parte recurrente y con la opinión expresada por la Sala de Castilla-La Mancha en la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Entendemos, en efecto y como ya hicimos en el auto de admisión dictado en el recurso de casación núm. 480/2017, que resulta necesario determinar si, en el ámbito de los procesos selectivos por el sistema de concurso-oposición en los que coexisten distintos turnos de acceso (libre, promoción interna y discapacitados), resulta conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el establecimiento en todos, alguno o ninguno de dichos turnos de reglas que limitan el número máximo de



opositores que pueden pasar a la fase de concurso, o si, por el contrario, como sostiene la Sala sentenciadora en la instancia, pueden regir diferentes criterios para unos turnos (libre y discapacitados) y no para otros (promoción interna), atendiendo a una eventual contradicción entre los pronunciamientos contenidos en nuestras sentencias de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, recaídas, de forma respectiva, en los recursos de casación núms. 195/2012 y 419/2015.

Y ello por entender que la decisión adoptada:

1º) fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea (en esencia, el artículo 23.2 de la Constitución española), en las que se fundamenta el fallo contradictoria -al menos aparentemente- con la que hemos establecido en la referida sentencia de 2 de enero de 2014, que concluyó que las allí recurrentes, quienes también participaron por el turno libre en un concurso-oposición convocado por el SESCAM, fueron excluidas de la fase de concurso subsiguiente a la de oposición, privándoseles de esta manera "de la posibilidad de que se evaluaran unos méritos, correspondientes a su experiencia o servicios prestados, que les podrían haber permitido obtener una puntuación final total suficiente para figurar en la relación definitiva de aspirantes seleccionados en el proceso selectivo", concurriendo así el supuesto contemplado en el artículo 88.2.a) LJCA.

2º) sienta una doctrina sobre dichas normas que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA], en la medida en que reconoce que distintos turnos de un mismo proceso selectivo pueden operar sujetos a distintas reglas o criterios para acceder a la fase de concurso.

3º) afecta a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso, habida cuenta del número de opositores que han participado en las distintas categorías del proceso selectivo que fue convocado por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y que pueden verse afectados por la sucesión de actos y decisiones judiciales adoptadas, razón por la que cabe apreciar la circunstancia que prevé el artículo 88.2.c) LJCA.

4º) deriva de un procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, como es en este caso el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos que consagra el artículo 23.2 de la Constitución española, siendo relevante la fijación de un criterio consolidado sobre la pertinencia o impertinencia de establecer reglas o criterios limitativos del número de aspirantes en los procesos selectivos que pueden acceder a la fase de concurso, concurriendo de esta manera el supuesto previsto en el artículo 88.2.i) LJCA.

5º) se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, en aplicación del artículo 88.3.b) LJCA, toda vez que considera la Sala de instancia que las sentencias de esta Sala Tercera, de fechas 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, siembran una "contradicción insoluble" en torno a la aplicación o inaplicación de las reglas limitativas para el acceso a la fase de concurso, restaurando la regla que, con relación a los aspirantes del turno libre, la primera de las sentencias referidas había considerado contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución.

TERCERO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de septiembre de 2016, recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales nº 495/2015, a cuyo efecto procede señalar tanto la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (esto es, la virtualidad de que en un mismo proceso selectivo se establezcan diferentes criterios en torno al número de opositores que pueden pasar a la fase de concurso, en función del turno elegido), como la norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación por esta Sala, esto es, el artículo 23.2 de la Constitución española.

CUARTO. Conforme dispone el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la sede electrónica del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 393/2017, la Sección de Admisión de dicha Sala

La Sección de Admisión

acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior



de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de septiembre de 2016, recaída en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales nº 495/2015.

Segundo. Precisar -como ya señalamos en el auto de admisión dictado en el recurso de casación núm. 480/2017- que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si, en el ámbito de los procesos selectivos por el sistema de concurso-oposición en los que coexisten distintos turnos de acceso (libre, promoción interna y discapacitados), resulta conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el establecimiento en todos, alguno o ninguno de dichos turnos de reglas que limitan el número máximo de opositores que pueden pasar a la fase de concurso, o si, por el contrario, como sostiene la Sala sentenciadora en la instancia, pueden regir diferentes criterios para unos turnos (libre y discapacitados) y no para otros (promoción interna), atendiendo a una eventual contradicción entre los pronunciamientos contenidos en nuestras sentencias de 2 de enero de 2014 y 18 de marzo de 2016, recaídas, de forma respectiva, en los recursos de casación núms. 195/2012 y 419/2015

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

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas