



Roj: **STSJ GAL 5268/2014 - ECLI:ES:TSJGAL:2014:5268**

Id Cendoj: **15030330012014100217**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2014**

Nº de Recurso: **58/2014**

Nº de Resolución: **139/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **BENIGNO LOPEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00139/2014**

**PONENTE: D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ**

**RECURSO: RECURSO DE APELACIÓN 58/2014**

APELANTE: DON Bernardino

APELADA: CONCELLO DE CASTROVERDE (LUGO)

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la **SENTENCIA**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.- Pte.**

**DON JULIO CESAR DÍAZ CASALES**

**DON JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA**

A CORUÑA, tres de marzo de dos mil catorce.

En el RECURSO DE APELACION **58/2014** pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por DON Bernardino , representado por la Procuradora Doña María Irene Cabrera Rodriguez y asistido por el Letrado Don Rafael Rossi Izquierdo, contra la SENTENCIA de fecha 27 de noviembre de 2013 dictada en el procedimiento abreviado 398/2012 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Núm. DOS de los de LUGO sobre FUNCIÓN PÚBLICA (PROCESO SELECTIVO). Es parte apelada el CONCELLO DE CASTROVERDE (LUGO), representado por el Procurador Don Luis Sánchez González y asistido por el Letrado Don Miguel Rivera Rodríguez.

Es Ponente el Ilmo. Sr. DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que, con desestimación do presente recurso contencioso-administrativo PA nº 398/2012 interposto contra a resolución do Concello de Castroverde de 22/10/2012 pola que se acollen determinados recursos de alzada fronte á resolución do Tribunal cualificador nas probas selectivas para a provisión, mediante oposición libre, dunha praza de subalterno do Concello de Castroverde, ordenando a retroacción do procedemento selectivo ao momento do fin de prazo de presentación de solicitudes para participar no



proceso selectivo, debo: Primeiro declarar a conformidade a dereito da resolución obxecto de recurso, que, en consecuencia, cofirmo. Segundo: Impoñer as custas deste procedemento á parte demandante. "

**SEGUNDO** .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

**PRIMERO** .- Don Bernardino interpuso recurso contencioso administrativo contra resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Castroverde, de fecha 22 de octubre de 2012, por la que, estimando diversos recursos de alzada planteados por distintos opositores frente a resolución del Tribunal calificador de las pruebas selectivas para la provisión, mediante oposición libre, de una plaza de Subalterno de dicho Ayuntamiento, se ordena la retroacción del procedimiento de selección al momento del fin del plazo de presentación de solicitudes para tomar parte en el mismo.

Con apoyo en los informes elaborados por el Servicio de Cooperación y Asistencia Jurídica a los Municipios, de la Diputación Provincial de Lugo, y en el dictamen de un profesional de la Abogacía, funda su decisión la Administración en la vulneración de las garantías de secreto y custodia del primer ejercicio, al ser entregado el sobre en que se contenía el cuestionario con dos días de antelación al del examen, permaneciendo durante ese tiempo sin custodia por parte de la Secretaria y sin vigilancia alguna; tal circunstancia provocó una sucesión de renunciaciones por parte de los miembros del Tribunal durante esos días e incluso el mismo día del examen que determinó que no quedase válidamente constituido; y también se vulneró la garantía del anonimato ya que se mezclaron en un único sobre los ejercicios y la identificación nominal de los examinandos.

No conforme con esta decisión, el actor acudió a la Jurisdicción, y el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Lugo, por sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, desestimó la pretensión actora y confirmó la resolución administrativa impugnada al entenderla ajustada al ordenamiento jurídico.

Afirma la sentencia de instancia que la suplencia de los miembros del Tribunal inicialmente nombrados resulta irrelevante al no constar un anómalo régimen del sistema de sustituciones y que, respecto a la inclusión en un sobre de los ejercicios juntamente con la identificación nominal de los aspirantes, no ha quedado demostrado que tuviera una perversa influencia en el resultado del examen y en la corrección o calificación del ejercicio, al haberse convocado al acto de apertura del sobre a todos los aspirantes.

La razón por la que dicha sentencia desestima la pretensión del recurrente radica en que el Juez de instancia considera que ha concurrido un claro quebranto de la custodia del soporte informático (pen drive) que contenía el ejercicio a realizar por los opositores, permaneciendo éste durante dos días sin ninguna garantía de confidencialidad y en lugar fácilmente accesible.

**SEGUNDO** .- Contra esta sentencia se alza en apelación el Sr. Bernardino, aduciendo, en relación al único aspecto controvertido -y en el que debe centrarse la decisión de esta Sala-, que no se ha probado que la irregularidad detectada en la custodia del pen drive que contenía el ejercicio a realizar hubiera tenido negativa incidencia en el desarrollo del examen hasta el punto de haber podido favorecer a algún o algunos aspirantes en detrimento de otros; afirma que la decisión administrativa se sustenta en meras hipótesis que, sin más, al no haberse probado filtración alguna de su contenido, no pueden justificar la anulación de lo avanzado en el proceso de selección y su retroacción al momento inicial.

En apoyo de su postura invoca la sentencia de esta Sala, de fecha 17 de abril de 2013, recaída en el recurso nº 77/2013 en la que se recoge: *"Es decir, lo decisivo sería demostrar que con aquella violación de la cadena de custodia, se ha favorecido a la adjudicataria al propiciar que tuviera conocimiento previo del contenido del ejercicio práctico"*. Cita, igualmente, la sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, nº 66, de 18 de enero de 2012 (recurso nº 1073/2009), en cuanto establece: *"Que en lo posible debe respetarse el derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables"*. O la sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2012, recurso nº 306/2010, que señala: *"Esto no excluye que quepa otra solución que, sin necesidad de repetir todo el proceso, resulte igualmente apta para garantizar la neutralidad y transparencia del proceso de selección en orden a conseguir que su superación esté presidida por los principios de mérito y capacidad"*.

Basándose en tales argumentaciones, postula la revocación de la sentencia apelada y que, en su lugar, se dicte otra, por la que se acoja íntegramente la demanda rectora. A lo que se opone la representación del Ayuntamiento de Castroverde que interesa la confirmación de la sentencia recurrida.



**TERCERO** .- El Tribunal Constitucional ha venido reiterando, por todas sentencia nº 73/1998, de 31 de marzo , que "... n os hallamos ante un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, lo que supone que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas"; consiguientemente, si no concurren las garantías que tienen por objeto evitar que algún aspirante pueda verse favorecido ilegítimamente por poder acceder al ejercicio y conocer su contenido con antelación al examen, es evidente que quiebra el derecho fundamental que recoge el artículo 23.2 de la Constitución española .

Es incontestable en el supuesto enjuiciado, y así lo admite el propio recurrente, que el sobre que contenía el pen drive en el que se insertaba el examen a realizar por los aspirantes permaneció, durante los dos días inmediatamente anteriores al señalado para la realización de la prueba, sin vigilancia ni custodia alguna, en la parte interior del mostrador de atención al público del Ayuntamiento. Con ello no sólo se ha conculcado el Acuerdo adoptado en el Acta de constitución del Tribunal calificador que preveía la entrega del pen drive por el Presidente y los Vocales, el día 26 de noviembre de 2011, horas antes de la programada para la realización del examen, al objeto de proceder a imprimir su contenido en las dependencias municipales, sino que, al hacerse la entrega en el Ayuntamiento el día 24 anterior, por algunos miembros del Tribunal, se permitió que el sobre que contenía el soporte informático, permaneciese sin custodia de ningún tipo, durante dos días, al alcance de cualquiera en la parte interna del mostrador de atención al público del Ayuntamiento, lo que, evidentemente, facilitaba el acceso al mismo. No se trata, sin más, de un simple irregularidad carente de relevancia, como interesadamente trata de hacer ver el recurrente; fue tal el despropósito, que generó reacciones que esta Sala no puede pasar por alto; así, la exigencia de la Secretaria de que se confeccionase un nuevo y diferente examen y su renuncia a hacerse cargo de la custodia de aquel ante la desconfianza de que su contenido ya hubiese sido filtrado; la renuncia, en igual sentido de los Secretarios suplentes.

El hecho de que el pen drive se contuviese en un sobre cerrado no excluye la falta de garantías en orden a su custodia y vigilancia. No se trataba de un sobre lacrado y de todos es conocida la fácil manipulación de este tipo de objetos, máxime cuando se encuentran depositados, sin llave, en lugares tan accesibles como un mostrador municipal al que tienen acceso no solo trabajadores de dicho ente local sino también público en general. Tampoco es relevante a los efectos de soslayar tan grave anomalía el hecho de que un empleado municipal afirmase que el Presidente del Tribunal había comprobado, a posteriori, que el sobre era el mismo en su día entregado y que no presentaba visos de haber sido manipulado, pues ninguna garantía de veracidad tiene aquel aserto ni la mera apariencia externa del repetido sobre justifica lo contrario.

La mención que el actor hace a la sentencia de esta Sala de fecha 17 de abril de 2013 , ha de ser rechazada desde el momento en que los supuestos enjuiciados en uno y otro caso no guardan relación. En aquel, el examen no quedó expuesto al público, al permanecer en el despacho del Presidente del Tribunal en un cajón cerrado con llave, mientras que en el supuesto actual, permaneció al alcance del público, sin vigilancia, sin custodia, sin cierre y a disposición de cualquiera en un lugar visible.

Las propias dudas planteadas por el recurrente acerca de la posibilidad de filtración en favor de una concreta aspirante, avalan la tesis de la sentencia, toda vez que si el mismo admite la posibilidad de filtraciones en favor de una opositora, idéntico argumento es válido para presumir que la filtración, de haberse producido, podría abarcar a más opositores. En todo caso, es obvio que se ha producido una quiebra manifiesta de las garantías fundamentales que tutelan el acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad a las funciones públicas. Y es precisamente el hecho de que no pueda concretarse o determinarse con exactitud si hubo o no filtraciones y, en el primer caso, quien se favoreció de ellas, presupuesta la facilidad de acceso al contenido del examen, lo que justifica la anulación del proceso de selección y la retroacción del procedimiento al momento indicado en la resolución judicial recurrida. De ahí la inaplicación al presente caso de la doctrina sentada por los Tribunales en relación a supuestos en que las filtraciones habían sido concretadas e identificadas respecto de ciertos aspirantes, por tal motivo excluidos del proceso.

Cierto es que, en ocasiones "pagan justos por pecadores" y que para evitarlo bien se podría, como sostiene el demandante, presumir la buena fe y dar por válido el resultado global de la prueba realizada, pero no lo es menos que ello solo sería posible si se pudiese ponderar y poner en el fiel de la balanza, por un lado, el riesgo de favoritismo para uno, algunos o todos los aspirantes y, por otro, la buena fe alegada. Y es evidente que ello no es posible.

Por último, en relación a las dudas que introduce el Sr. Bernardino acerca de una hipotética actitud por parte del Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de Castroverde que le impulsa a adoptar la decisión atacada, una vez conocido que el actor ostenta la máxima puntuación en el ejercicio controvertido, aparte de no estar justificada la aviesa conducta que le atribuye al regidor municipal, no debemos olvidar que la decisión recurrida trae causa de la estimación de diferentes recursos de alzada deducidos por otros copartícipes en el proceso selectivo, del informe del Servicio de Cooperación y Asistencia Jurídica a Municipios y del dictamen de un profesional



privado de la Abogacía que, aunque obtienen distintas valoraciones, parten de idénticos presupuestos de hecho.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación promovido.

**CUARTO** .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998 , han de imponerse a la parte apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con el artículo 139.3, se fija en 1.000 euros la cuantía máxima a percibir en concepto de honorarios de Letrado de la parte apelada, en función del estudio que ha merecido la respuesta ofrecida a los argumentos de la apelación.

**VISTOS** los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **Don Bernardino** , debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Lugo, en fecha 27 de noviembre de 2013 ; todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada, con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento Jurídico Cuarto.

Notifíquese a las partes, y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0058-14-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION** .- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente DON BENIG **NO** LÓPEZ GONZÁLEZ al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, tres de marzo de dos mil catorce.