



Roj: **STS 2820/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2820**

Id Cendoj: **28079130072012100279**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **25/04/2012**

Nº de Recurso: **7091/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 1710/2010,**
STS 2820/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 7091/2010 que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, representada por Letrada de su servicio jurídico, contra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 19 de noviembre de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 832/2007 .

Ha sido parte recurrida Don Pío , representado por el Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia, de fecha 19 de noviembre de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 832/2007 , cuya parte dispositiva es la siguiente:

" *Fallamos:*

Primero: Estimamos el recurso Contencioso Administrativo seguido a instancias de D. Pío contra la Resolución de la Consellera d'Interior del Govern Balear de 20 de septiembre de 2007 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Tribunal calificador de aprobación de las listas definitivas de valoración de los méritos de las pruebas selectivas del Plan de Estabilidad Laboral (PEL) para el ingreso en el Cuerpo facultativo técnico especialidad Técnico de Actividades Turísticas.

Segundo: Declaramos nulo el acto administrativo por no ser acorde a la legalidad del ordenamiento jurídico.

Tercero: Acordamos la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la baremación de todos los aspirantes bajo el dictado de lo establecido en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia "

SEGUNDO.- Por escrito de entrada en este Tribunal en fecha 18 de abril de 2011, se formaliza la interposición del presente recurso de casación por la Letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en el que, tras exponer cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, solicita de esta Sala se dicte sentencia casando y anulando la recurrida.

TERCERO.- Por providencia de 11 de julio de 2011 se acordó la admisión a trámite del recurso de casación y se ordenó la remisión de las actuaciones a esta Sección séptima.



CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2011 se dio traslado de las actuaciones a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, trámite evacuado el día 16 de noviembre siguiente en que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo escrito presentado por la representación procesal de Don Pio , interesando, con **base** en las alegaciones formuladas, la desestimación del recurso de casación y la confirmación, en todos sus términos, de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Se ordenó que las actuaciones quedasen pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 18 de abril de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Pio tomó parte en las pruebas selectivas convocadas por resolución del Consejero de Interior para cubrir plazas de estabilidad de la ocupación del Cuerpo facultativo técnico, especialidad técnico de actividades turísticas, de la Administración especial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Contra la resolución del Tribunal calificador por la que se publicaba la valoración definitiva de los méritos de los aspirantes que habían aprobado la fase de oposición promovió el Sr. Pio recurso de alzada que fue desestimado por resolución de la Consejera de Interior, de 20 de septiembre de 2007, la cual fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

En lo que interesa a esta casación, el escrito de demanda del demandante pretendía la anulación de la resolución recurrida al considerar que la valoración del mérito de experiencia profesional llevada a cabo por el tribunal calificador con aplicación de lo dispuesto en el baremo contenido en las **bases** vulneraba el principio de igualdad, y el de mérito y capacidad, ya que los trabajos desarrollados por los aspirantes se valoraban de distinta forma según la Administración pública en que se hubieran prestado.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 13 de marzo de 2009 , desestimó el recurso interpuesto al considerar, en su Fundamento de Derecho segundo, que:

"(...) En definitiva y como excepción a la necesidad de impugnación de las **bases** en el momento y plazo oportunos, es posible la impugnación indirecta de aquellas, cuando a través de un acto de aplicación de las mismas se produce una vulneración de un derecho fundamental recogido en la Constitución, dando como resultado un vicio de nulidad radical y absoluta del artículo 62-1 a) de la ley 30/1992 porque lesiona derechos susceptibles de amparo constitucional como son el artículo 14 y artículo 23-2 de la CE que proclaman el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Y este es precisamente el supuesto que analizamos en autos. Ciertamente las **bases** de la **convocatoria** distinguen entre la experiencia adquirida en la administración pública autonómica, que se valora a razón de 0'224 puntos por mes de servicio, mientras que el mismo trabajo, realizado en otra administración pública, como lo son en el caso de autos los servicios prestados por el recurrente en el Consell Insular de Menorca y de Eivissa i Formentera, se valoran únicamente a razón de 0'056 puntos por mes de servicio, cuando en realidad es la misma función la realizada en la administración autonómica y en los Consells Insulars, esto es, la contemplada en el artículo 62 de la ley 2/1999 de 24 de marzo General Turística de les Illes Balears según se certifica por la documental expedida por el Consell Insular d'Eivissa y que obra en autos. En efecto, aunque los Consells Insulars es claro que tienen la condición de administración local, sin embargo, en virtud de la atribución de competencias ejecutivas y de gestión en materia de turismo efectuada por la CAIB a su favor por ley 3/1996 de 29 de noviembre, los Consells asumen en sendas islas la función inspectora en materia de turismo, habiéndose reservado la Consellería de Turisme de la CAIB dicha competencia para la isla de Mallorca, y así lo recoge la ley 2/1999 de 24 de marzo. Por lo que la distinción efectuada en las **bases** de la **convocatoria** de la discriminación de puntos por razón de cuál es la administración donde se ha adquirido esa experiencia, no es admisible ni justificable, suponiendo una clara discriminación para los aspirantes que resulta intolerable y vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

La administración considera que no existe vulneración en tanto que todos los aspirantes han sido valorados de igual forma, pero ello obviamente sí constituye una vulneración porque aunque todos hayan sido valorados según el mismo criterio, sin embargo se parte de una discriminación injusta e intolerable que quebranta un derecho fundamental cual es el acceso a la función pública bajo el principio de igualdad.

Concluyendo se constata un defecto de nulidad de pleno derecho del artículo 62-1 a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al vulnerarse con la



aplicación de la distinción en la puntuación que contempla aquella **base** lo dispuesto en el artículo 14 de la CE y el artículo 23-2 y 103 de la CE .

En consecuencia debe dejarse sin efecto lo dispuesto en el apartado b) del Anexo V apartado A relativo a la Experiencia cuando dice "experiència en d'altres administracions públiques", así como la distinción de "autonómica" que se contempla en los puntos a) y b) de ese apartado A), quedando unificado en un solo tipo la experiencia que acrediten los aspirantes, cualquiera que fuere la administración pública donde la hubieren adquirido, y debiendo distinguirse únicamente según se trate la experiencia adquirida "del mateix cos i especialitat als quals s'accedeix o en categories professionals equivalents" o bien en "diferents cossos o escales i especialitats al qual s'accedeix o en categories professionals equivalents".

En consecuencia la Sala declara nulo el acto impugnado y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a la baremación de todos los aspirantes bajo el dictado de lo establecido en este fundamento".

SEGUNDO.- El único motivo del recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se articula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , denunciando, por un lado, la infracción de la jurisprudencia constitucional recaída en relación con los artículos 14 , 23.2 y 103.3 de la Constitución española , así como la vulneración de su artículo 9.3.

Argumenta que el demandante en instancia no impugnó las **bases** de la **convocatoria**, habiendo participado en las pruebas selectivas ateniéndose a las mismas, y rechaza que, en el presente caso, exista una vulneración del artículo 14 de la Constitución española que permita excepcionar la aplicación del criterio jurisprudencial uniforme que viene señalando que las **bases** de la **convocatoria** de un concurso constituyen la ley a la que ha de sujetarse, de manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración. Asimismo, sostiene que la interpretación realizada por la Sala de instancia del artículo 14 , 23.2 y 103.2 de la Constitución es contraria a la mantenida por el Tribunal Constitucional, transcribiendo, a continuación, su sentencia nº 107/2003, de 2 de junio .

Por otro lado, aduce que la configuración de la valoración del mérito consistente en experiencia profesional realizada por el apartado A) del anexo V de las **bases** específicas de la **convocatoria** del proceso selectivo no es sino el traslado literal de lo dispuesto en la Disposición transitoria octava de la entonces vigente Ley autonómica 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la referida Comunidad Autónoma -que fue introducida por la Disposición adicional decimoctava de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre - respecto de la cual no se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad, por lo que sostiene que la Sala de instancia ha vulnerado los principios de legalidad y jerarquía normativa contemplados en el artículo 9.3 de la Constitución española .

Por ello y al considerar que el baremo de méritos era plenamente aplicable, estima que la pretensión del demandante en instancia de que le fueran valorados los servicios que prestó como Inspector de Turismo en los Consells insulares de Menorca e Ibiza como si fueran servicios prestados en la Administración de la Comunidad Autónoma implica una vulneración clara y directa de dicho baremo, que preveía una distinta valoración de la experiencia profesional según que se hubiera prestado en la Administración de la Comunidad Autónoma o en otras Administraciones Públicas. A su juicio, resulta irrelevante, por tanto, el argumento empleado por la sentencia recurrida referido a que las funciones desarrolladas por el demandante en los referidos Consells fueran idénticas a las prestadas por otros aspirantes en la Comunidad Autónoma, puesto que se precisaba que fueran equivalentes, no compartiendo tampoco que la circunstancia de que los Consells tengan atribuidas competencias en materia de turismo no significa que los empleados de éstos realicen unas mismas funciones que los pertenecientes a la Comunidad Autónoma, puesto que se trata de distintas Administraciones con su propio sistema de organización y funcionamiento.

TERCERO.- El escrito de oposición del Sr. Pio sostiene que, en el presente caso, no es el contenido literal de las **bases** lo que incurre en el vicio constitucional de la discriminación sino la interpretación que de las mismas se hace en la resolución del proceso selectivo. Aduce que la sentencia recurrida no declara la nulidad de las **bases** sino simplemente la nulidad del acto administrativo que fue objeto de recurso, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la baremación de todos los aspirantes, puesto que, a juicio de la Sala de instancia, vulneró un principio elemental de los que informan el acceso a la función pública como es el de que a igualdad de méritos, igualdad de puntuación.

CUARTO.- Entrando en el examen del recurso de casación, comenzaremos abordando la invocada vulneración del principio de jerarquía normativa y de legalidad sobre la **base** de que no era posible declarar la nulidad del baremo de méritos por ser éste reproducción literal de las previsiones contenidas en una Ley autonómica respecto de la cual no se había cuestionado su constitucionalidad. Siguiendo la doctrina fijada por el Pleno de esta Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 7638/2002) no cabe en casación dirimir la controversia que plantea la Letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares al tratarse de una cuestión de derecho autonómico puesto que la solución a la misma implicaría que la Sala



tuviera que entrar a examinar e interpretar dicha norma autonómica así como a contrastarla con el contenido del baremo de méritos anexo a las **bases** específicas aprobadas por la **convocatoria**, debiéndose haber esgrimido y hecha valer por la Administración autonómica en la instancia ante el Tribunal Superior de Justicia .

Por otro lado, ninguna de las otras infracciones alegadas merece ser acogida. En primer lugar, porque esta Sala viene admitiendo que, en ocasiones, a través de los actos de aplicación, se pueda enjuiciar la posible nulidad de unas **bases** no impugnadas en su momento en los casos en que resulte evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia. En este sentido, decíamos en la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 16 de enero de 2012 (recurso de casación nº 4523/2009) que:

" (...) No es una novedad pues el Tribunal Constitucional (SSTC 193/1987 , 93/1995 , 107/2003 , 87/2008) ha dicho que no es "obstáculo para plantear un recurso de amparo contra los actos de aplicación de las **bases** de procedimientos selectivos el no haber impugnado éstas por la razón de que aquéllas se consideran inconstitucionales, puesto que la presunta vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos (art. 23.2 CE) se habría producido, de forma concreta y real, en el momento en que el nombramiento para ocupar las plazas controvertidas ha recaído en personas distintas a la del recurrente en amparo". Doctrina ésta, dice la última sentencia de las citadas, que "exime de la carga de impugnar las **bases** en casos determinados" aunque "en absoluto exonera de la de recurrir la resolución final". Y, sobre todo, sucede que esta Sala --que lo ha mantenido en otros supuestos semejantes [sentencia de 11 de octubre de 2010 (casación 3731/2007)]-- ha aplicado ese criterio en la sentencia de 18 de mayo de 2011 (casación 3013/2008), pronunciándose en el mismo sentido en que lo ha hecho aquí la de instancia, a una **base** de igual contenido e, incluso, de igual número, 4.3.2.1., si bien en un proceso selectivo al Cuerpo de Administrativo de Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco".

En el caso de la vulneración de los derechos fundamentales, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho de los previstos en el artículo 62.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en consecuencia podría ser impugnado, en cualquier momento, a tenor de lo que sostiene el artículo 102 de dicha norma, por lo que en ningún caso podría hablarse de consentimiento y firmeza de las **bases**, por no haber sido recurridas en tiempo y forma.

Y en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad consagrado en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española apreciada por la Sala de instancia como consecuencia de la diferente valoración de la experiencia profesional que la letra A) del Anexo V de las **bases** específicas disponía según se tratara de servicios prestados en puestos de trabajo de la Administración autonómica o en otras administraciones públicas y sin perjuicio del error en que incurre la Letrada de la Administración autonómica cuando transcribe dicha **base** por cuanto no reproduce la referida al proceso selectivo para cubrir las plazas de estabilidad de la ocupación del Cuerpo facultativo técnico, especialidad Técnico de actividades turísticas, de la Administración especial de la Comunidad Autónoma al que se presentó el demandante en instancia, esta Sala debe subrayar que tal conclusión se ajusta a la doctrina que venimos manteniendo en precedentes recursos en los que se han suscitado cuestiones similares y en los que hemos dicho que resulta indiferente la distinta Administración a que corresponda la experiencia o servicios valorados mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos que sean objeto de comparación [por todas, sentencias de 30 de junio de 2008 (recurso de casación nº 399/2004) y de 18 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 3013/2008)], por lo que, en principio y salvo que se acredite la existencia de tales diferencias, no resulta aceptable ponderar de manera distinta de la experiencia profesional previa en función, exclusivamente, de la Administración donde tales servicios se prestaron.

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".

QUINTO.- La desestimación del presente recurso conlleva la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en virtud de la habilitación que se concede en dicho precepto se limita el alcance de los honorarios máximos de la parte recurrida a la suma máxima de 2.000 euros.

FALLAMOS

1º.- No ha lugar al recurso de casación número 7091/2010, interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 19 de noviembre de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 832/2007.

2º.- Se condena en costas a la parte recurrente, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico