



Roj: **STS 3810/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3810**

Id Cendoj: **28079130072013100213**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **25/06/2013**

Nº de Recurso: **1490/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 396/2012,**
STS 3810/2013,
ATS 1970/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en la forma mas arriba anotada, el recurso de casación número 1490/2012 que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Jiménez Alonso, en nombre y representación de doña **Aida**, contra la sentencia de 8 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictada en el recurso número 638/2010.

Ha sido parte recurrida la **JUNTA DE EXTREMADURA**, representada y defendida por la Letrada de su Servicio Jurídico; resultando los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Doña Aida tomó parte en el proceso selectivo para el acceso, por el turno libre, a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de diplomados sanitarios, en la categoría de enfermero de atención **continuada**, en las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud de la Junta de Extremadura, convocado por Resolución de 5 de junio de 2007, de la Dirección Gerencia.

El referido proceso destinado a cubrir 267 plazas básicas de Enfermero de Atención **Continuada**, de las que 229 correspondían al turno libre, se desarrollaría por el sistema de concurso- oposición.

La fase de oposición, según la base sexta de la convocatoria, se componía de dos ejercicios, cada uno de ellos de carácter eliminatorio, con el siguiente contenido:

«(...) 6.1.1. Fase de Oposición: Se compondrá de 2 ejercicios obligatorios y de carácter eliminatorio cada uno de ellos. Cada uno de los ejercicios de esta fase será calificado de 0 a 100 puntos. Quedará a criterio del Tribunal establecer el número de respuestas correctas para el primer ejercicio.

a) Primer ejercicio

a.l.) Para los aspirantes del turno libre (...) consistirá en contestar en el tiempo máximo que señale el Tribunal (...), a un cuestionario formado por 100 preguntas con cuatro respuestas alternativas, de las que sólo una de ellas será la correcta. (...)

Para la valoración de este ejercicio se aplicarán los siguientes criterios de calificación:

1.º Cada cuatro preguntas contestadas erróneamente restará una pregunta contestada correctamente.



2.º La puntuación final del ejercicio se determinará en proporción al número de preguntas contestadas correctamente una vez aplicado el criterio anterior.

b) Segundo ejercicio

Consistirá en resolver por escrito un supuesto práctico a elegir de entre dos, propuesto por el Tribunal (...).

El Presidente del Tribunal adoptará las medidas oportunas para garantizar que los ejercicios de la fase de oposición, sean corregidos sin que se conozca la identidad de los aspirantes».

La Sra. Aida superó el primer ejercicio de la fase de oposición, en el que obtuvo una calificación de cincuenta puntos. Según Acuerdo del Tribunal calificador de 8 de mayo de 2008, la puntuación total de dicho ejercicio se haría sobre la base de un total de 99 preguntas.

El segundo ejercicio se celebró el día 4 de octubre de 2008. Con carácter previo a su realización se entregó a los opositores una hoja de instrucciones, en la que, entre otros extremos, a los efectos que aquí interesa, figura lo siguiente:

« (...) 7.- El ejercicio consistirá en un supuesto práctico, a elegir de entre dos facilitados por el Tribunal, contestando un cuestionario sobre el mismo de 50 preguntas, mas 5 preguntas de reserva. (...)

9.- Para cada pregunta hay CUATRO opciones de respuesta: A, B, C y D. Siendo sólo una de ellas la correcta. (...) Cada 4 preguntas contestadas erróneamente, restará una pregunta contestada correctamente. Las preguntas no contestadas no serán penalizadas».

El Tribunal Calificador, en su reunión del 28 de octubre de 2008, estudió las impugnaciones de las preguntas de ese segundo ejercicio presentadas por los opositores, procedió a la corrección mecánica de los ejercicios y adoptó el siguiente acuerdo:

« (...) El Tribunal, sin conocer aún la identidad de los opositores y una vez retirados los representantes sindicales por invitación de éste, delibera sobre el punto de corte a adoptar. Se decide por parte de los miembros del tribunal que se seleccionen un número de opositores de aproximadamente el doble de las plazas a cubrir.

Con el punto de corte en 25 preguntas (una vez restadas las negativas), se seleccionan 836 opositores; con 29 preguntas (una vez restadas las negativas), se seleccionan 615 opositores, con 30 preguntas (una vez restadas las negativas), se seleccionan 549 opositores, con 31 (una vez restadas las negativas), se seleccionan 477 opositores.

Como el doble de las plazas ofertadas sería de 534, el punto de corte mas cercano a esta cifra (sic) es la de 549 que coincide con el punto de corte 30 preguntas (una vez restadas las negativas).

Con los razonamientos anteriores se decide que el punto de corte de preguntas acertadas netas sea de 30, dando lugar a una puntuación de 50 puntos. A partir de aquí se aplica el sistema de corrección- puntuación establecido por el SES.»

La Sra. Aida contestó 30 preguntas correctamente, 15 preguntas incorrectamente y 5 en blanco, lo cual según los criterios de corrección equivale a 27 preguntas a efectos de valoración, quedando excluida de la relación de aspirantes aprobados de la fase de oposición publicada por Resolución del Tribunal calificador de 29 de octubre de 2008 y en consecuencia de la continuación del proceso selectivo.

Disconforme con la citada resolución, la Sra. Aida formuló recurso potestativo de reposición en el que solicitó ser incluida en la lista de aprobados, al haber acertado más del 50% de las preguntas del segundo ejercicio y considerar que la nota de corte fijada con posterioridad a la realización del mismo por el Tribunal calificador infringía los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los puestos públicos recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE .

No recibiendo respuesta expresa al mismo, interpuso recurso contencioso- administrativo contra la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición, posteriormente ampliado contra la Resolución de 13 de agosto de 2009, de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados del referido proceso, tramitado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, bajo el número 638/2010 , en cuyo procedimiento consta la Resolución de 22 de junio de 2009, de la Secretaría General, por la que se emplaza a los posibles interesados en el mismo, publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 7 de julio de 2009.

SEGUNDO. - La Sala de Cáceres dictó sentencia el 8 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«FALLAMOS:



DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la Procuradora Sra. Hernández Castro en nombre y representación de D^a. Aida , contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 29 de octubre de 2008 del Tribunal de las pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en la categoría de enfermero de atención **continuada**, convocada por resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud y, en consecuencia, CONFIRMAMOS dicha resolución en su integridad.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en costas».

TERCERO .- La sentencia en su fundamento de derecho primero delimita la cuestión controvertida en los siguientes términos:

« (...) Es objeto de recurso desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 29 de octubre de 2008 del Tribunal de las pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en la categoría de enfermero de atención **continuada**, convocada por resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud. En concreto, se plantea a esta Sala si resulta ajustada la decisión adoptada por el Tribunal de selección, tras la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición, de elevar la nota de corte teniendo en cuenta, no el número de respuestas acertadas, sino fijando el listón para aproximar el número de aspirantes al doble de las plazas a cubrir, y que ello se hiciera con posterioridad a la prueba. La recurrente entiende que con este criterio se vulneran las bases de la convocatoria, que obligan a valorar el primer ejercicio en función de las respuestas acertadas y nada dice respecto del segundo.»

Tras referirse en el fundamento segundo, con carácter general, al carácter vinculante de las bases de la convocatoria, el contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE y la posibilidad de control judicial de la discrecionalidad técnica, expone, en el tercero, las razones conducentes a la desestimación del recurso en los siguientes términos:

«TERCERO.- Según la Base Sexta de la Convocatoria, la Fase de Oposición de las pruebas selectivas consta de dos ejercicios obligatorios y de carácter eliminatorio, cada uno de los cuales será calificada de 0 a 100 puntos. Se dispone expresamente que "quedará a criterio del Tribunal establecer el número de respuestas correctas para la superación del primer ejercicio". Por tanto, se habla de "número de respuestas correctas" y de "primer ejercicio", siendo éstos los dos argumentos utilizados por la recurrente.

Pues bien, respecto al primero de ellos, en cierta medida el Tribunal fija la nota de corte atendiendo al número de respuestas correctas, y decide que éste sea de 30. Las Bases le facultaban para elegir libremente dónde poner el listón y decidió que fuera ése, si bien va más allá y motiva el por qué de su decisión, explicando que la razón es la de aprobar a un número aproximado del doble de plazas ofertadas. La decisión y la forma de adoptarla no merecen ningún reproche, pues la fijación de la nota de corte es facultad exclusiva del Tribunal. Las Bases no prevén una nota mínima que permita el aprobado y sí la posibilidad de aprobar a más aspirantes que plazas a cubrir; y además, la decisión se toma con carácter previo a conocer la identidad de los aspirantes opositores. La base, debe ser examinada a la luz del resto de bases de la Convocatoria y en especial de las referentes a los ejercicios de la oposición. Así pues, corresponde al Tribunal según la base 5.6 la adopción de medidas para garantizar el correcto desarrollo del proceso selectivo y resolver las dudas en aplicación de las bases. En cuanto a la fase de oposición, la base sexta va desgranando la forma y desarrollo de los ejercicios, en concreto y por lo que respecta a la oposición, una vez aprobado el primero como así ocurrió con la Recurrente, se pasa al segundo, sin que en el mismo se especifique puntuación concreta para aprobar. En la base décima y en la undécima se hace referencia a las relaciones provisionales y definitivas de aprobados. Es precisamente en esta base, donde con carácter general se permite al Tribunal valorar las pruebas sin vinculación al número de plazas convocadas, pudiendo superar las mismas un número superior a aquellas. Es decir, nos situamos ante lo que vulgarmente se denomina "aprobados sin plaza". Ahora bien, que el Tribunal pueda aprobar a más personas que las previstas en la convocatoria, no es incompatible ni mucho menos, con la facultad de establecer una nota de corte en la fase de oposición. Eso fue precisamente lo que el Tribunal hizo y además lo motivó, dejando pasar nada más y nada menos que al doble de las plazas convocadas. El hecho de que los opositores supiesen la nota de corte ni les beneficia ni les perjudica, pues siempre deberán superar un determinado número de preguntas correctas.

Respecto al hecho de que la decisión se haya adoptado para el segundo ejercicio, cuando nada dicen las Bases sobre ello, tampoco se aprecia en la actuación del Tribunal arbitrariedad o discriminación de ningún tipo, siendo perfectamente lógica y adecuada al proceso selectivo. Y en cuanto a que se haya adoptado después de la realización de la prueba a la que afecta, no constituye causa de invalidez por cuanto se hizo antes de conocerse la identidad de los concursantes, y como es lógico, a la vista del nivel de los mismos, estableciéndose de modo general para todos.



En definitiva, la decisión del Tribunal Calificador entra de lleno en el ámbito de discrecionalidad técnica que en estos supuestos corresponde a la Administración, sin apreciar que se haya incurrido en infracción de elementos reglados o en manifiestas equivocaciones o arbitrariedad, y se ha aplicado por igual a todos los aspirantes».

CUARTO .- Notificada la anterior sentencia, doña Aida , -parte recurrente en el proceso de instancia- anunció recurso de casación; que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de fecha 29 de marzo de 2012, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

QUINTO .- Recibidas las actuaciones, la Procuradora doña Yolanda Jiménez Alonso en representación de doña Aida , por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Supremo el 17 de mayo de 2012, interpuso el recurso de casación en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que dictara sentencia:

« (...) por la que, estimando los motivos de este recurso, case y anule la sentencia recurrida y resuelva de conformidad con el "Suplico" del escrito de demanda y con lo expuesto en este escrito».

SEXTO .- Admitido el recurso y remitidas las actuaciones a esta Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos, por diligencia de ordenación de fecha 4 de septiembre de 2012 se concedió a la recurrida un plazo de treinta días para que formalizara escrito de oposición.

SÉPTIMO .- La Letrada de la Junta de Extremadura y del Servicio Extremeño de Salud evacuó el traslado concedido por escrito presentado el 1 de octubre de 2012 en el que, tras alegar cuanto estimó conveniente a su Derecho, solicitó a la Sala:

« (...) acuerde su desestimación y la confirmación íntegra de la sentencia recurrida»

OCTAVO .- Conclusas las actuaciones se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 12 de junio de 2013, en cuya fecha tuvo lugar su celebración.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en esta casación la sentencia de 8 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura , que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Aida contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado por aquélla contra la Resolución de 29 de octubre de 2008 del Tribunal calificador del proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Diplomados Sanitarios, en la categoría de Enfermero de Atención **Continuada**, convocado por Resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se publica la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición, en la que no aparece incluida la recurrente, posteriormente ampliado como se verá en el momento procesal oportuno contra la Resolución de 13 de agosto de 2009, de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados del referido proceso.

El recurso de casación interpuesto por doña Aida contiene tres motivos de casación, todos ellos formulados bajo la cobertura del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (en adelante LRJCA).

SEGUNDO .- *En el primero de ellos denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución , en relación con las bases de la convocatoria aprobadas mediante Resolución del Servicio Extremeño de Salud, de fecha 5 de junio de 2007 (D.O.E de 20 de junio).*

Manifiesta la recurrente que la sentencia impugnada al dar validez a la Resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia, vulnera su derecho al acceso a los cargos públicos y los principios de mérito, capacidad e igualdad que deben presidir en todo momento este tipo de procesos selectivos.

Aduce que la sentencia considera ajustado a Derecho el Acuerdo del Tribunal calificador de 28 de octubre de 2008, cuando lo cierto es que éste vulnera los preceptos constitucionales citados, al incumplir las bases de la convocatoria, incidir en desviación de poder, carecer por completo de motivación y no haber sido notificado a los interesados el acuerdo previo del tribunal calificador que le servía de base, con lo que nunca tuvieron los afectados conocimiento de las razones que amparaban semejante decisión.

Se muestra conforme la recurrente con la jurisprudencia que la sentencia impugnada contiene y relata en su fundamento segundo, pero considera que yerra al aplicarla al caso examinado, puesto que incide en errores muy relevantes a la hora de su aplicación.



Explica en tal sentido que la sentencia se centra en el análisis del primer ejercicio de la convocatoria, cuando la recurrente nada ha objetado al respecto.

Califica a continuación las afirmaciones de la sentencia sobre el hecho de que los opositores supiesen o no la nota de corte "ni les beneficia ni les perjudica" pues siempre deberían "superar un determinado número de preguntas correctas", de «*gratuitas -por injustificadas-*», pues afirma, esa es precisamente la cuestión: el Tribunal calificador no fijó ningún número de preguntas correctas como necesarias para aprobar el ejercicio, lo que supone, según su parecer, que, dada la determinación que sí se había verificado para el primer ejercicio (30 preguntas), habría de ser el mismo criterio ante el silencio oficial al respecto. O al menos, sobre la base, de la legítima confianza y la seguridad jurídica, era lo que los opositores debían esperar.

Añade que la argumentación más onerosa y grave que realiza la sentencia respecto de su derecho a acceder a un cargo o puesto funcional o estatutario, se produce cuando sostiene que, el hecho de que el tribunal modificase su criterio sobre las respuestas correctas con posterioridad a la celebración del segundo ejercicio, "no constituye causa de invalidez por cuanto se hizo antes de conocerse la identidad de los concursantes", afirmación que sostiene supone una clara merma del derecho contenido en el artículo 23.2 y 103.3 de la Constitución, porque era imposible saber entonces en qué dato objetivo anclaba el tribunal calificador los principios de mérito y capacidad, y porque el Tribunal, desde la determinación de las personas que habían superado el primer ejercicio, ya conocía la identidad de los que iban a participar en el segundo.

Considera que el hecho de que esa nota de corte fuera general para todos, no obsta a la manifiesta ilegalidad de semejante acuerdo; antes al contrario, si no se hubiera fijado la nota con ese carácter general, la gravedad de los incumplimientos denunciados sería aún mayor.

Manifiesta que la propia sentencia reconoce que esta variación en el criterio de la nota de corte para el segundo ejercicio, respecto de la que fijó para el primer ejercicio, era contraria al punto 11.2 de la propia convocatoria, que impedía vincular al número de plazas disponibles la determinación de los aspirantes aprobados, lo que hizo el tribunal calificador, incidiendo con ello en la clara contravención de la norma que regulaba el proceso de selección.

Señala a mayor abundamiento que la decisión del Tribunal calificador infringió gravemente la propia convocatoria de las pruebas (Base Sexta, apartado 6.6.1.) dado que aquél únicamente podía establecer el número de respuestas correctas para la superación exclusivamente del primer ejercicio de la fase de oposición, nunca del segundo.

Concluye que los hechos relatados, reconocidos en las actuaciones y en la propia sentencia evidencian que ha quedado destruida la presunción "iuris tantum" sobre la presunción de certeza y razonabilidad de la actuación administrativa, pues se ha acreditado la infracción y el desconocimiento del proceder razonable en el Tribunal calificador, tanto por desviación de poder como por falta de justificación.

Sostiene que la recurrente habría aprobado de mantenerse el criterio del primer ejercicio, tal y como consta acreditado en autos, y que, sin embargo, ha tenido que esperar a recibir el expediente administrativo para conocer la nota de corte y las circunstancias en la que se adoptó el acuerdo, viéndose obligada a acudir a esta vía judicial - con el retraso que su especial tramitación ha supuesto- ante la falta de respuesta previa del Servicio Extremeño de Salud.

Insiste finalmente en la evidencia de las infracciones producidas, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre este tipo de procesos, a cuyo efecto cita las sentencias de esta misma Sala y Sección de 20 de mayo de 2010 y 27 de junio de 2008, sobre la fijación ex ante y publicidad de los criterios de selección en que consistan la igualdad, el mérito y capacidad, de las que efectúa reproducción selectiva de contenidos.

TERCERO. - *La recurrida* en su oposición a este primer motivo de casación señala que carece de fundamentación jurídica porque los hechos y las normas que en él se citan son interpretados de forma interesada por la recurrente.

Sostiene que el Tribunal de Selección actuó correctamente cuando estableció la nota de corte al habilitarle expresamente para ello la base 5.6 que dispone: "Corresponde al tribunal la determinación concreta del contenido de las pruebas y su calificación....". Considera evidente que el establecimiento de una concreta nota de corte supone la determinación de un criterio de calificación, actuación para la que el Tribunal estaba perfectamente capacitado.

Además dicho criterio se aplicó a todos los opositores por igual, con carácter previo a la determinación de su identidad, con la presencia de los representantes sindicales que no manifestaron reparos al respecto, y precisamente los aspirantes que superaron el segundo ejercicio de oposición fueron aquéllos que demostraron mayores conocimientos, lo que en definitiva constituye la esencia u objetivo de toda oposición.



Considera inaplicables las sentencias citadas por la recurrente, al pronunciarse sobre supuestos que nada tienen que ver con el que nos ocupa, y se remite a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 29 de Enero de 2004 , que reproduce en los particulares de su interés.

Niega por ello que el corte efectuado por el Tribunal sea injusto o arbitrario, en tanto que ese criterio es tan aceptable como cualquier otro, teniendo en cuenta que lo que realmente subyace es la necesidad de establecer un límite o corte en atención al nivel de conocimientos que muestren los opositores en su conjunto lo que se efectuó sin conocer la identidad de los aspirantes, y sin vinculación al número en plazas convocadas, cumpliéndose así las bases, porque superaron el segundo ejercicio práctico un número de personas equivalente al doble de las plazas convocadas, no existiendo por tanto vulneración de ninguna base de la convocatoria ni por supuesto de ningún precepto constitucional como los aludidos por la recurrente.

Cita asimismo en abono de su tesis las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 de abril de 2008 ; y de las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de enero de 2003 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha de 13 de diciembre de 2006 .

Considera irrelevante el hecho de que la nota de corte se estableciera con posterioridad a la celebración de los ejercicios al no determinar las bases de la convocatoria que deba hacerse así, ni exigir que el Tribunal haya de manifestarlo a los aspirantes, e insiste de nuevo en la habilitación concedida al efecto por la base 5.6 de la convocatoria. Señala además la imposibilidad de establecer la concreta nota de corte a priori al fundamentarse su elección precisamente en el resultado de los ejercicios; y concluye que su fijación a posteriori, pero antes de conocerse la identidad de las personas que se habían examinado y aplicada a todos ellos, no vulnera el ordenamiento jurídico y es perfectamente lógica y plausible, válida y eficaz.

Niega por último que el Tribunal de selección haya incurrido en la desviación de poder que le atribuye la recurrente. Tras referir la definición jurisprudencial de dicha figura, con cita de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1994 , concluye la ausencia en este caso de los requisitos exigidos para su concurrencia, ante el carácter genérico de las manifestaciones de la actora, que no prueban que el Tribunal tuviera intereses ocultos en la decisión adoptada.

CUARTO .- Planteado en los términos precedentes el debate correspondiente a este primer motivo de casación, con carácter previo a abordar la resolución del mismo, y a efecto de delimitar las cuestiones en él controvertidas, conviene señalar el hecho de que la recurrente defiende en el desarrollo del mismo, argumentos que resultan mutuamente excluyentes.

Sostiene primero que el Tribunal calificador, ante el silencio al respecto y sobre la base de la legítima confianza y la seguridad jurídica, debió fijar para el segundo ejercicio de la fase de oposición la misma nota de corte establecida en 30 respuestas correctas para el primero -hecho éste que no se corresponde con la realidad y cuya aceptación por esta Sala determinaría el decaimiento del motivo al ser aquélla precisamente la nota de corte que se estableció para el segundo ejercicio-, lo que afirma, determinaría su aprobado, e inmediatamente a continuación, de forma simultánea, afirma «a mayor abundamiento» que «la decisión del tribunal calificador (entendemos, de fijar la nota de corte para el segundo ejercicio) *infringió gravemente la propia convocatoria de las pruebas (Base Sexta, apartado 6.6.1.) dado que aquél únicamente podía establecer el número de respuestas correctas para la superación exclusivamente del primer ejercicio de la fase de oposición, nunca del segundo*».

Así las cosas, admitido con carácter principal por la recurrente que el Tribunal calificador podía establecer la nota de corte en el segundo ejercicio de la fase de oposición, han de decaer todas sus argumentaciones sobre el concreto número de respuestas correctas exigidas por aquél para la superación del ejercicio pues en definitiva lo que postula es la sustitución de aquel criterio por el suyo propio.

No obstante lo anterior, la determinación de los criterios de calificación, en el que se circunscribe el establecimiento de la controvertida nota de corte, según la reiterada doctrina jurisprudencial de esta misma Sala y Sección expuesta, por todas, en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2011 (R.C. núm. 4928/2010 ; F.D. 7º), se corresponde con las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico; lo que en contra de lo afirmado en la sentencia impugnada, no entra en la discrecionalidad técnica, sino en sus aledaños, susceptibles del control jurisdiccional.

Procede por ello examinar ahora el segundo grupo de argumentos desarrollados por la recurrente en el motivo de casación relativos a la infracción por la sentencia impugnada, en cuanto concluye que no constituye causa de invalidez el hecho de que el controvertido criterio se fijara con posterioridad a la celebración del ejercicio y sin la debida publicidad, de los derechos contenidos en el artículo 23.2 y 103.3 de la Constitución .

Constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala [por todas, sentencia de 27 de junio de 2008 (R.C. núm. 1405/2004 ; F.D. 3º); la de 15 de diciembre de 2011 ya citada (R.C. núm. 4928/2010 ; F.D. 8º); 21 de diciembre



de 2011 (R.C. núm. 4572/2009 ; F.D. 4º); 18 de enero de 2012 (R.C. núm. 1073/2009 ; F.D. 4º) la relativa a que el principio de publicidad –que ha de presidir la selección del personal estatutario de los servicios de salud, de conformidad con el artículo 29.1.a) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, a las que expresamente se remite la convocatoria–, «*exige que los criterios de actuación del Tribunal calificador sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes pues sólo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica*» .

En el caso actual, consta acreditado que el establecimiento de la controvertida nota de corte se aprobó por el Tribunal calificador en su reunión del día 28 de octubre de 2008, esto es con posterioridad a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición, y que no se le dio ninguna publicidad, lo que permite afirmar que la fijación de dichos criterios en las condiciones indicadas no respeta la exigencia de sumisión del Tribunal a las bases, ni tiene cobertura posible en un juicio de discrecionalidad técnica, sin que podamos compartir la afirmación contenida en el F.D. 3º de la sentencia impugnada sobre «*el hecho de que los opositores supiesen la nota de corte ni les beneficia ni les perjudica, pues siempre deberán superar un determinado número de preguntas correctas*» al chocar directamente con nuestra doctrina jurisprudencial sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica a la que antes hemos hecho mención.

Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada.

QUINTO. - Concluida en la resolución del primer motivo de casación la imposibilidad de establecer a posteriori y sin la debida publicidad la nota de corte del segundo ejercicio de la fase de oposición aquí controvertida, deviene innecesario el análisis y resolución de los motivos segundo y tercero del recurso de casación en la medida en que reproducen esas mismas cuestiones a las que acabamos de dar respuesta.

SEXTO. - La anulación de la sentencia impugnada exige ahora de conformidad con el artículo 95.2.d) LJCA , resolver el litigio en los términos en que ha quedado planteado.

Afirmado en el precedente fundamento cuarto la imposibilidad del Tribunal calificador de establecer a posteriori y sin la debida publicidad el número de respuestas correctas para superar el segundo ejercicio de la fase de oposición, procede estimar el recurso contencioso- administrativo deducido en la instancia por doña Aida , y con anulación de las Resoluciones de 29 de octubre de 2008 del Tribunal calificador del proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Diplomados Sanitarios, en la categoría de Enfermero de Atención **Continuada**, convocado por Resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se publica la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición, y de 13 de agosto de 2009 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados del referido proceso, en él impugnadas, ordenar la retroacción de las actuaciones en el procedimiento selectivo al momento inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición, a fin de que volviéndose a reunir el Tribunal calificador, previo establecimiento y publicidad de los criterios de calificación del mismo, se proceda a su repetición convocando a todos los aspirantes que aprobaron el primero, a su posterior calificación y continuación del proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión.

SÉPTIMO. - Con arreglo al artículo 139 LRJCA , no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación y, en cuanto a las costas de la instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.

FALLAMOS

1º.- Que debemos estimar, y estimamos, el recurso de casación número 1490/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Jiménez Alonso, en nombre y representación de doña **Aida** , contra la sentencia de 8 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictada en el recurso número 638/2010 , que casamos y anulamos.

2º.- En su lugar, debemos estimar, y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña **Aida** , contra las Resoluciones de 29 de octubre de 2008 del Tribunal calificador del proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, en plazas de Diplomados Sanitarios, en la categoría de Enfermero de Atención **Continuada**, convocado por Resolución de 5 de junio de 2007 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se publica la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición, y de 13 de agosto de 2009 de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados del referido proceso, que anulamos, ordenando la retroacción de las actuaciones en el procedimiento selectivo al momento



inmediatamente anterior a la celebración del segundo ejercicio de la fase de oposición, a fin de que volviéndose a reunir el Tribunal calificador, previo establecimiento y publicidad de los criterios de calificación del mismo, se proceda a su repetición convocando a todos los aspirantes que aprobaron el primero, a su posterior calificación y continuación del proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión.

3º.- Y todo ello, sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ