

**Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª,
Sentencia de 19 Ene. 2009, rec. 8098/2004**

Ponente: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas.

Nº de Recurso: 8098/2004

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY 1227/2009

FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Administración autonómica. Oposición convocada para proveer plazas de encargado de biblioteca. Prueba invalidada por quiebra del principio de imparcialidad e igualdad en el acceso a la función pública, por falta de anonimato de los ejercicios al constar en las hojas de respuesta la identidad del opositor, y por la posibilidad de tachar respuestas y utilizar un corrector.

El Tribunal Supremo declara no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Navarra que anula unas pruebas de oposición realizadas para acceso a la función pública.

Texto

En la Villa de Madrid, a diecinueve de enero de dos mil nueve

SENTENCIA

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 8098/2004, interpuesto por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada por el Procurador don José Manuel de Dorremochea Aramburu, contra la Sentencia nº 574, dictada el 31 de mayo de 2004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el recurso nº 786/2001, sobre Resolución del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra de fecha 7 de mayo de 2001, desestimatoria del recurso de alzada por el que se solicitaba se declarara la invalidez de la primera prueba realizada en el proceso de oposición llevado a cabo para cubrir nueve plazas de encargado de biblioteca, aprobada por resolución de 3 de abril de 2000 del Director General de la Función Pública.

Se ha personado, como parte recurrida, doña Encarna , representada por la Procuradora doña Mercedes Albi Murcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida dispone lo siguiente:

"FALLAMOS

Que estimando el recurso interpuesto por D^a Encarna contra Resolución del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra de fecha 7 de mayo, desestimatoria del Recurso de Alzada, por el que se solicitaba se declarara la invalidez de la primera prueba realizada en el proceso de oposición llevado a cabo para cubrir nueve plazas de encargado de biblioteca aprobada por resolución de 3-4 por el Director General de la Función Pública; **DEBEMOS ANULAR y ANULAMOS** la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, condenando a la Administración demandada a repetir los ejercicios del procedimiento de selección; sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia prepararon recurso de casación don Alexander y la Comunidad Foral de Navarra.

TERCERO.- Emplazados para su comparecencia ante esta Sala, el Sr. Alexander , mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 2005, formalizó el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

"(...) dicte Sentencia declarando que la dictada por aquel Tribunal en el Recurso de Suplicación nº 786/01 , quebranta la unidad de doctrina, y entrando al fondo del asunto case y anule la sentencia recurrida, y dictando una nueva sentencia, resuelva estimando este recurso y declare conforme al Ordenamiento Jurídico la Resolución del departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra de fecha 7 de mayo que desestimó el Recurso de Alzada por el que se solicitaba la invalidez de la primera prueba realizada en el proceso de oposición llevado a cabo para cubrir nueve plazas de encargado de biblioteca aprobada por resolución de 3-4 por el Director General de la Función Pública".

CUARTO.- Requerido el recurrente para que compareciera por medio de Procurador y con asistencia de Letrado, por escrito presentado el 26 de octubre de 2004 se personó en su nombre y representación la Procuradora doña Rosina Montes Agustí.

QUINTO.- En virtud del traslado conferido por diligencia de ordenación de 1 de octubre de 2004, el Procurador don José Manuel de Dorremocha Aramburu, en representación de la Comunidad Foral de Navarra, por escrito presentado el 25 de noviembre de 2004 manifestó que sostenía el recurso de casación y formuló la interposición en base a los motivos que en dicho escrito expuso, solicitando a la Sala que

"(...) se sirva dictar sentencia por la que estime el presente recurso, casando la sentencia recurrida y resolviendo el fondo de la controversia planteada, inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo en el supuesto de que estime el motivo segundo de esta casación o desestimado íntegramente la demanda iniciadora del presente proceso, por ser los actos contra los que se interpuso plenamente conformes a derecho".

SEXTO.- Presentadas alegaciones por las partes sobre la posible causa de inadmisión del recurso interpuesto por don Alexander , puesta de manifiesto por providencia de 15 de septiembre de 2006, por auto de 21 de junio de 2007 la Sala acordó:

"declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alexander contra la Sentencia de 31 y de mayo de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra , en el recurso nº 786/01, imponiendo a la citada recurrente las costas procesales causadas en el recurso por ella interpuesto; así como la admisión del recurso de casación interpuesto por la "Comunidad Foral de Navarra", contra la referida sentencia. Remítanse las presentes actuaciones a la Sección Séptima de esta Sala, con arreglo a las normas de reparto de asuntos".

SÉPTIMO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 16 de octubre de 2007, la Procuradora doña Mercedes Alvi Murcia, en representación de doña Encarna , se opuso al recurso mediante escrito, presentado el 28 de noviembre de ese año, en el que interesó sentencia "por la que se inadmitan los motivos alegados de adverso por los motivos expuestos y, subsidiariamente, se acuerde su desestimación; confirmando la sentencia recurrida.- Con expresa imposición de las costas procesales".

Por Otrosí Digo, solicitó que se declare el pleito concluido para sentencia sin necesidad de vista.

OCTAVO.- Mediante providencia de 27 de junio de 2008 se señaló para la votación y fallo el día 14 de enero de 2009, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso en el que se dictó la sentencia ahora recurrida se inició en virtud del recurso contencioso-administrativo que interpuso doña Encarna contra la desestimación por el Gobierno de Navarra, por resolución de su Departamento de Presidencia, Justicia e Interior de 7 de mayo de 2001 del recurso de alzada que pretendía la nulidad de la primera prueba de la oposición convocada para proveer nueve plazas de encargado de biblioteca por resolución de 3 de abril de 2000 del Director General de la Función Pública. La recurrente fue eliminada en esa primera prueba

consistente en la contestación a unos cuestionarios seleccionando la correcta de las respuestas alternativas presentadas al aspirante y, entre otros motivos, en su demanda alegó que en el acto de realización del ejercicio se les indicó a los participantes por los miembros del tribunal calificador que hicieran constar en las hojas de respuestas sus nombres y apellidos y que podían utilizar tipex para corregir las respuestas que quisieran modificar. Asimismo, hizo constar que no se les permitió llevarse una copia de sus ejercicios y que no se hicieron públicas las contestaciones válidas. Las bases de la convocatoria, que no fueron impugnadas, no disponían expresamente que el primer ejercicio se hiciera sin identificación de los participantes en las pruebas.

La sentencia cuya casación pretende, de entre los motivos por los que la Sra. Encarna consideraba contraria al ordenamiento jurídico la actuación seguida por el tribunal calificador y, por tanto, la del Gobierno de Navarra que la había confirmado, acogió los relativos a la quiebra del principio de imparcialidad que debe presidir el proceder de la Administración en los procesos selectivos para hacer efectiva la igualdad en el acceso a la función pública cuyo respeto impone el artículo 23.2 de la Constitución. Dice la sentencia de Pamplona que el anonimato de los ejercicios escritos que no vayan a ser leídos ante el tribunal es un requisito que no es necesario que venga exigido expresamente en las bases, pues, como cualquier otro que sea *condictio sine qua non* de igualdad o imparcialidad, es consustancial a esos principios. Así, pues, la realización del primer ejercicio debió tener lugar sin que constara en las hojas de respuesta la identidad del opositor. Se trata, sigue la sentencia, de una medida posible y necesaria que el tribunal calificador debió adoptar para excluir toda posible ventaja a favor de alguno o algunos de los participantes en vez de utilizar un procedimiento que permitía el trato desigual.

Precisa, además, la Sala de Pamplona que la infracción que aprecia se refiere a una obligación de medios, no a los resultados, y que afecta no sólo a la garantía en abstracto del principio de igualdad sino también a la fiscalización de la actuación administrativa, pues sin el anonimato es posible la vulneración del derecho a participar en condiciones de igualdad en el proceso selectivo pero no su verificación y control. Y también es posible la desconfianza o inseguridad sobre el respeto a tal derecho al margen de las actuaciones concretas que puedan darse. Por eso, precisa que no debe pedirse a la recurrente la "prueba (¿ diabólica?)" de la manipulación.

Asimismo, la sentencia considera que la posibilidad de tachar respuestas y de utilizar un corrector ofrecida por el tribunal calificador tampoco era la más adecuada para asegurar la intangibilidad del examen y la imparcialidad en su valoración.

En definitiva, a la vista de lo anterior, la sentencia, apreciando infracción de los artículos 23.2 y 103 de la Constitución y teniendo presente que el primer ejercicio tenía carácter eliminatorio, considera invalidado el proceso selectivo, pues la nulidad de aquél determina la del resto de los

actos del procedimiento. Por eso, acoge el recurso contencioso-administrativo, anula la resolución recurrida y condena a la Administración navarra a repetir los ejercicios del procedimiento de selección.

SEGUNDO.- De los dos recursos de casación que se prepararon contra la sentencia, uno de ellos, el de don Alexander , aspirante que superó las oposiciones, fue inadmitido por auto de la Sección Primera de esta Sala de 21 de junio de 2007 , al apreciar que fue defectuosamente preparado ya que anunció un recurso de casación para la unificación de doctrina, cuando el precedente es el ordinario. Así, pues, nuestro examen ha de limitarse al interpuesto por el Gobierno de Navarra.

En su escrito de interposición dirige siete motivos de casación contra la sentencia. Son los siguientes.

1º La motivación de la sentencia, dice en primer lugar, es meramente formal o ficticia y genera indefensión porque expresa unas normas a cuyo contenido no atiende. En realidad, dice la Comunidad Foral, responde a una decisión voluntarista del juzgador quien, al margen de los artículos 23 y 103 de la Constitución, crea una norma propia. Por eso, afirma, también, que la sentencia lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de la Comunidad Foral. Destaca al respecto que no se detectó irregularidad alguna ni trato de favor o disfavor a algún aspirante. Así, pues, la argumentación de la sentencia no merece llamarse motivación. Y el fallo carece de conexión lógica con lo expuesto en los fundamentos de Derecho, ya que anula el proceso selectivo no porque haya sufrido el principio de igualdad, sino porque podría haber sido infringido. Todo esto lo dice la recurrente al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción .

2º De nuevo, bajo ese mismo precepto, imputa a la sentencia haber infringido el artículo 69 c) de la Ley reguladora en relación con su artículo 28 . La razón del motivo reside en que reprocha a su Administración haber incumplido un requisito que las bases no exigían --la realización del primer ejercicio sin identificación de los aspirantes-- y haber permitido la utilización de tipex, que las bases no prohibían.

3º Ya como infracciones al ordenamiento jurídico, éste y los siguientes motivos, se acogen al artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción . Aquí, el escrito de interposición, con carácter subsidiario respecto al segundo motivo, reprocha a la sentencia haber infringido los principios rectores del proceso de selección de los funcionarios públicos señalados por la jurisprudencia y, en especial, el de sujeción de los Tribunales, de la Administración y de los aspirantes a las bases de la convocatoria, consentidas y firmes.

4º La vulneración de los artículos 23.1 y 103 de la Constitución, por su indebida aplicación es la infracción que se atribuye a la sentencia en este motivo. Lesión que se produciría porque,

ignorando su literalidad, ha creado una norma jurídica que no está incorporada ni a la normativa legal y reglamentaria, ni a las bases de la convocatoria. La sentencia, dice la recurrente, no se ha atendido a los requisitos señalados por las leyes.

5º Igualmente, ha infringido esos preceptos, prosigue la Comunidad Foral, por aplicarlos indebidamente, así como los principios de igualdad y legalidad a que alude el artículo 9.3 de la Constitución, el principio de objetividad de la Administración impuesto por su artículo 103.1 y el artículo 106.1 que somete la actuación administrativa a los fines que la justifican. Este motivo descansa en la consideración de que la garantía de trato igual y no discriminatorio no padeció en el proceso selectivo en cuestión y de que la sentencia parte de la incorrecta equiparación entre la posibilidad hipotética de una irregularidad y la efectiva vulneración del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La sentencia, continúa el escrito de interposición, lleva a cabo un vuelco de la presunción de inocencia que asiste a los miembros del órgano encargado de discernir los aspirantes aptos de los demás.

6º La ignorancia de los derechos de los aspirantes seleccionados por haber superado el proceso selectivo es otro motivo de casación que descansa en los mismos preceptos constitucionales: los artículos 23.1 y 103 , aplicados, insiste el escrito de interposición, indebidamente.

7º En fin, la sentencia habría vulnerado los principios de igualdad e imparcialidad en cuanto establecidos en los artículos 23.2 y 103 , siempre de la Constitución, porque no era exigible la garantía del anonimato ni está prohibido corregir la respuesta valiéndose de correctores como el tipex.

TERCERO.- La Sra. Encarna se ha opuesto al recurso de casación.

En su escrito de oposición, pide, en primer lugar, que inadmitamos o, subsidiariamente, desestimemos el primero de los motivos formulados por el Gobierno de Navarra porque la sentencia contiene una extensa fundamentación que, además, coincide con la interpretación que del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución ha hecho la sentencia 73/1998 del Tribunal Constitucional . Interpretación que pone de relieve que este precepto protege a los participantes en un proceso selectivo en el curso de su desarrollo, precisamente, lo que ha hecho la sentencia. Hay, pues, motivación y ésta no es arbitraria o caprichosa ni causa, por tanto, indefensión a la Comunidad Foral.

Entiende, también, inadmisibles y, subsidiariamente, pide su desestimación el segundo motivo. Recuerda al respecto la Sra. Encarna que la sentencia explica que no era necesario que impugnara las bases para hacer valer su pretensión porque la irregularidad no está en ellas sino en la forma en que se realizó el primer ejercicio. De ahí que considere inadmisibles, también, el tercer motivo y,

en su defecto, pida que se desestime. Sobre el cuarto vuelve a pedir la inadmisión con la subsidiaria pretensión de que lo desestimemos ya que, al contrario de lo afirmado por la recurrente, la sentencia se sustenta sobre los artículos 23.2 y 103 de la Constitución.

El quinto motivo lo ve muy similar al primero. Por eso, insiste en que lo inadmitamos o, en su caso, lo desestimemos porque los tribunales calificadores tienen la obligación de velar por la objetividad del procedimiento, adoptando cuantas medidas sean necesarias para el respeto de los principios de imparcialidad e igualdad en el acceso a la función pública, de confidencialidad, mérito y capacidad. Y las mismas pretensiones formula la Sra. Encarna respecto del sexto motivo porque el artículo 23.2 de la Constitución no confiere derecho a la ocupación de cargos. Además, insiste en que la Administración debió acatar el fallo de la sentencia de instancia y proceder a su cumplimiento en lugar de continuar con el proceso selectivo y en que, en todo caso, carece de legitimación para invocar derechos personalísimos de aspirantes seleccionados.

En fin, en cuanto al séptimo motivo, hace las mismas peticiones que para los anteriores porque no pone de relieve ninguna infracción en la que haya incurrido la sentencia.

CUARTO.- Lo primero que debemos decir es que no hay razón para la inadmisión de ninguno de los motivos por los que la Comunidad Foral de Navarra nos pide que anulemos la sentencia recurrida. Ni están defectuosamente interpuestos, ni suscitan cuestiones nuevas. Tampoco pretenden una revisión de los hechos ni son incoherentes. Por el contrario, con una bien trabada argumentación, critican las razones que sustentan el fallo dictado por la Sala de Pamplona.

Ahora bien, una cosa es que apreciemos la calidad y buena técnica con las que está elaborado el escrito de interposición del recurso de casación y otra distinta que asista la razón a la Comunidad Foral en los reproches que hace a la sentencia. Porque, hemos de decirlo ya, no pueden acogerse sus pretensiones ya que ni carece de motivación, ni se pronunció sobre una actuación no recurrible, ni ha infringido los preceptos constitucionales y los principios invocados en los distintos motivos según vamos a ver a continuación.

La motivación de la sentencia no es formal o ficticia, sino sustantiva. Tampoco es incoherente con las premisas en las que descansa. Buena prueba de ello es que la Comunidad Foral ha podido conocer sin dificultad alguna las razones del fallo. Razones que claramente indican que no estaba en las bases de la convocatoria la irregularidad que apreció en el proceder del tribunal calificador, sino en la manera en que éste dispuso la realización del primer ejercicio, esto es, sin garantizar el anonimato y permitiendo utilizar una sustancia para borrar las respuestas que los aspirantes quisieran corregir. Forma que no la considera la sentencia coherente con los principios que, por exigencia constitucional, han de observarse en los procesos selectivos para el acceso a la función

pública. De ese modo, al prescindir de elementos objetivos esenciales del procedimiento, se produjeron las infracciones al ordenamiento jurídico detectadas por la sentencia.

Por tanto, los motivos primero y segundo no pueden prosperar.

QUINTO.- El examen conjunto de los restantes motivos conduce al mismo resultado desestimatorio.

En efecto, *la sentencia no aplica indebidamente los artículos 23.2 y 103 de la Constitución, ni crea una norma jurídica nueva al margen de las bases y de esos preceptos. Al contrario, los defiende y afirma que la aplicación correcta de las bases exigía que el primer ejercicio de la oposición se hiciera asegurando que, a la hora de corregirlo, no constara en las hojas de respuestas a los cuestionarios la identidad del aspirante al que correspondía. Esta exigencia no es ajena a aquellos artículos del texto fundamental y, si bien se mira, tampoco a las bases de la convocatoria pues, aunque nada dicen de cómo debía llevarse a cabo materialmente la prueba, sí marcan la diferencia entre la primera y la segunda desde el momento en que exigen que el ejercicio en que consistía esta última fuera leído ante el tribunal calificador. Eso supone que aquí excluye por razones obvias el anonimato. Ahora bien, el silencio respecto a cómo tenía que hacerse la primera no autorizaba a que se realizase sin asegurarlo.*

Tiene razón, por tanto, la sentencia. *La garantía de la igualdad en el acceso a la función pública y de la imparcialidad y objetividad en la actuación de la Administración en los procesos selectivos se asegura, en casos como estos, evitando que los ejercicios contengan la identidad de los aspirantes. La correcta interpretación de las bases, a la luz de los criterios constitucionales señalados, llevaba necesariamente y sin dificultad a esa conclusión. En cambio, al proceder en la forma en que se hizo, se prescindió de un elemento objetivo y necesario del procedimiento, determinando que quedara viciado en sí mismo.*

No apreciamos, por lo dicho, exceso alguno en la sentencia ni creación de normas nuevas. Sólo la extracción de las conclusiones a las que conducen sin dificultad las mismas normas y principios en que se apoyan los motivos de casación. Conclusiones que ha concretado respecto de la Administración Local el artículo 4 c), párrafo segundo, del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de Administración Local, y a las que se refiere nuestra sentencia de 31 de enero de 2001 (casación 1510/2002).

Por lo demás, tiene razón la Sra. Encarna, no le corresponde a la Comunidad Foral hacer valer los derechos de los interesados en el procedimiento selectivo.

SEXTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 2.000 €; . Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 8098/2004, interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia nº 574, dictada el 31 de mayo de 2004, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y recaída en el recurso 786/2001, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.