



Recurso nº 272/99

PONENTE SRA. MORADAS BLANCO

Lle. Sr. Nuncio Maestro

27038

SENTENCIA Nº

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Séptima

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Dña. M^ª. DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

MAGISTRADOS:

Dña. MERCEDES MORADAS BLANCO

Dña. CARMEN RODRÍGUEZ RODRIGO

D. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

Dña. SANDRA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

En la Villa de Madrid, a veinticinco de abril del año dos mil dos.

Visto por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo número 272/99, promovido por Dña. ANGELES ULIAQUE LOPE, contra la resolución de fecha de 10 de diciembre de 1.998, dictada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se desestimaba el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de 18 de noviembre de 1987, del Tribunal de las pruebas selectivas para ingreso de Técnicos Especialistas de Laboratorio, por el que se debía a conocer la lista de los aspirantes que habían aprobado la fase de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso contencioso administrativo se



impugna la resolución de fecha 10 de diciembre de 1.998, dictada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se desestimaba el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de 18 de noviembre de 1987, del Tribunal de las pruebas selectivas para ingreso de Técnicos Especialistas de Laboratorio, por el que se daba a conocer la lista de los aspirantes que habían aprobado la fase de oposición.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante este Tribunal Superior de Justicia, después de admitido a trámite, reclamado el expediente administrativo y publicado el anuncio de interposición, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo cual verificó habiendo solicitado en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a derecho.

CUARTO.- Para la votación y fallo del presente proceso se señaló el día veinticuatro de abril del año dos mil dos, en que, efectivamente, se votó y falló. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. Mercedes Moradas Blanco, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se dirige contra la resolución de fecha 10 de diciembre de 1.998, dictada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se desestimaba el recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de 18 de noviembre de 1987, del Tribunal de las pruebas selectivas para ingreso de Técnicos Especialistas de Laboratorio, por el que se daba a conocer la lista de los aspirantes que habían aprobado la fase de oposición.

SEGUNDO.- Pretende el recurrente la anulación de la resolución recurrida por cuanto, a su juicio es contraria a derecho, aduciendo en apoyo de dicha pretensión y en esencia, los siguientes argumentos:

1º) Que no han sido observadas las Bases de la Convocatoria por el Tribunal, pues la mitad de las plazas se reservaban para promoción interna y si no se establecieran listas separadas para cada una de los sistemas de provisión, se vaciaría de contenido la base en que se establece la reserva real y efectiva del 50 por ciento de las plazas convocadas para turno de promoción interna.



2º) En la Base Sexta dice que por el Tribunal se determine la puntuación negativa de las respuestas incorrectas así como la posibilidad de que superen la oposición el mayor número de aspirantes, existiendo una extralimitación del Tribunal al fijar una puntuación superior a ese 50 por ciento que se contiene en la base indicada, deviniendo nulo el acuerdo plasmado en el acta de 4 de noviembre de 1997.

3º) La recurrente obtuvo un resultado de 94 respuestas correctas, pero debido a las 28 respuestas incorrectas, la puntuación total ha sido de 60,48 por 100.

Frente a ello el Abogado del Estado, interesó la desestimación del presente recurso, argumentando en líneas generales, que la actuación cuestionada se ajustó en todo momento a la legalidad.

TERCERO.- La Secretaría General del Instituto Nacional de la Salud, por Resolución de 24 de Enero de 1.996 (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de Febrero inmediato siguiente), convocó concurso-oposición para el acceso a plazas de Técnicos Especialistas de Laboratorio, disponiendo, en la Base Primera apartado B) de la misma, *"que la mitad de las plazas se reservarán para su cobertura por el sistema de promoción interna"*, añadiéndose, en el propio apartado, que las plazas que no se provean por el sistema de promoción interna se acumularán a las convocadas por el sistema general de acceso libre. El procedimiento de selección, según lo dispuesto en la Base Sexta de dicha Resolución, constaba de una primera fase de oposición y de otra, ulterior, de concurso de méritos, previéndose, (apartado A de dicha Base Sexta), que podían superar la fase de oposición, que tenía carácter eliminatorio, mayor número de aspirantes que el de plazas convocadas, siendo necesario para superar el ejercicio de oposición, que consistía en la contestación de un cuestionario de preguntas múltiples en la que sólo una contestación era la correcta, contestar correctamente, al menos, la mitad de las preguntas formuladas.

El Tribunal Juzgador, terminada la fase de oposición y en sesión celebrada el 18 de noviembre de 1.997, elaboró una lista única, hecha pública por Resolución de la misma fecha, en la que aparecían los aspirantes, tanto del turno libre como del turno de promoción interna, que, tras haber superado la nota mínima exigida en las Bases de la Convocatoria descrita y en función de los criterios que para su determinación se dispusieron por el Tribunal actuante, habían obtenido las mejores calificaciones del conjunto de los aspirantes, y hasta el límite de aprobados que para esta fase se dispusieron.

La hoy recurrente que no figuraba en la relación aneja a la Resolución de 18 de noviembre de 1.997, por lo que interpuso contra la misma recurso ordinario. Dicho recurso fue desestimado por resolución de fecha 10 de diciembre de 1998, siendo esta resolución unida a la de 18 de diciembre de 1.997, antes reseñada, contra las que se recurre.

CUARTO.- La cuestión de fondo planteada por la hoy actora, y en función de lo expuesto en el Fundamento precedente, se reduce, al menos en su núcleo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

central, a determinar si el sistema de calificación de la fase de oposición del proceso selectivo que estudiamos ha de ser efectuado por el INSALUD, como ella propugna, sobre la base de dos listas separadas (una para cada cupo de concursantes de los dos sistemas de acceso diseñados, a saber, turno libre y turno de promoción interna), o, por el contrario, si el mecanismo de selección debe basarse en la elaboración de una lista única, independientemente del turno por el que se pretende acceder a las plazas ofertadas y con plena concurrencia de todos los concursantes, aplicándose únicamente la preferencia prevista en la Convocatoria de constante referencia en la fase de concurso, mediante la puntuación adicional que se establece en la Base Sexta de la misma y la prioridad para la elección de plaza a que alude la Base Séptima, criterio este que propugna es el que debe seguirse la dirección letrada del INSALUD.

Pues bien, para resolver la controversia que se somete a nuestra consideración ha de tenerse en cuenta, necesariamente, que las pruebas selectivas se rigen, prioritariamente, por las Bases de la Convocatoria, auténtica ley del proceso selectivo, y por lo establecido en el Real Decreto 118/1.991, de 25 de Enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de Plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que en su artículo 3.1 precisa que la Convocatoria y sus Bases vinculan a la Administración, a los Tribunales encargados de juzgar las pruebas y a quienes participen en las mismas. Sobre esta base se hace preciso reconocer que el referido Real Decreto (su Sección Cuarta, artículos 14 y 15, se refiere al sistema de promoción interna), dispone, en el artículo 15.3, que la fase de oposición por el sistema de promoción interna tendrá el mismo contenido que la fase de oposición de las pruebas de selección por el sistema general de acceso libre. Ocurre, sin embargo, y aunque de ello se pretenda sacar una determinada conclusión por la Administración demandada, que esta previsión lo único que exige es la existencia de identidad de ejercicio entre los dos sistemas de acceso previstos pero nunca, conforme se pretende, exige que una vez efectuado el mismo examen e incluso valorado bajo idénticas reglas, los distintos resultados de todos los opositores concurrentes, y en función del turno bajo el que concursan, sean plenamente intercambiables mediante la elaboración de una lista única cuestión que, verdaderamente, es la que hoy nos ocupa y que debemos resolver.

Aun reconociendo la fuerza de los argumentos, y desde un punto de vista exclusivamente abstracto, esgrimidos por la representación procesal del INSALUD e, incluso, el sentido de justicia igualitaria que anida en ellos, la Sección, a la hora de juzgar, debe de huir de planteamientos ideales o de "deber ser" pues no puede olvidarse el sentido excepcional con que se configura en nuestro Ordenamiento Jurídico el sistema de promoción interna y en el que el legislador, en base a criterios que sólo al mismo cabe valorar, ha resuelto otorgar evidentes ventajas, con pleno respaldo constitucional si se produce con respeto de unos límites que ha venido plasmando nuestro Tribunal Constitucional, a quienes concurren en su acceso a la función pública por dicho turno y en cualquier proceso selectivo, tanto durante el proceso de selección, en el que cabe, incluso, la exención de pruebas sobre materias propias de la función que se viene ejerciendo por el aspirante, o de materias cuyo conocimiento se haya acreditado en las pruebas de ingreso al Cuerpo o Escala de origen, como una vez terminado el mismo proceso selectivo según se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

deduce de la lectura de los artículos 22 de la Ley 30/1.984, de 2 de Agosto, 15.3 del Real Decreto 11/1.991, de 25 de Enero, y 29 a 32 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, vigente en la fecha de la convocatoria en cuestión. Amén de en las propias Bases de la Convocatoria de 24 de Enero de 1.996, donde, como ya dijimos, se estipulaba, con claridad y sin reserva alguna de que ello fuera sólo para una de las fases del proceso selectivo, que la mitad de las plazas convocadas en cada categoría se reservarían para su provisión por el sistema de promoción interna, la pretensión principal ejercitada por la actora encuentra su apoyo en dicho Reglamento que dispone, en su artículo 29.3, que las vacantes convocadas para su cobertura por promoción interna que queden desiertas "por no haber obtenido los aspirantes la puntuación mínima exigida para la superación de las correspondientes pruebas" se acumularán a las que se ofrezcan al resto de los aspirantes de acceso libre, provisión que se mantiene en el Reglamento de 1.995 actualmente vigente. Estas previsiones, es decir, la de la propia Convocatoria unida a la del Reglamento, determinan la necesidad de efectuar dos listas independientes pues es sólo después de llevar a cabo la primera, que necesariamente deberá ser la relativa a los aspirantes concurrentes por el sistema de promoción interna, cuando podrá saberse si, en su caso, existen vacantes desiertas, porque los aspirantes del turno de referencia no lleguen a cubrir la totalidad de las reservadas por no obtener la puntuación mínima exigida, que deban acrecer las vacantes ofertadas para el sistema de acceso libre. La actuación llevada a cabo por la Administración actuante, por contra, ha vaciado completamente de contenido las previsiones normativas que le vinculaban, y que ya describimos, y ello porque al elaborar una lista única ha desnaturalizado completamente y vaciado de contenido, hasta hacerla desaparecer, la reserva de plazas que la Convocatoria reservaba para su cobertura por el sistema de promoción interna pues, y cuando pretendió llevar a cabo lo que ella denomina preferencia, que se circunscribiría a una valoración de méritos y anteposición en la elección de vacantes a cubrir, resulta que ya no había preferencia alguna que otorgar. No se nos diga, conforme parece pretenderse, que el efectuar dos listas separadas determinaría un nivel de exigencia menor y que ello redundaría en la calidad de la asistencia sanitaria. Aquella circunstancia, nivel de exigencia supuestamente menor, en ningún caso se producirá pues, como sabemos, incluso para los que pretenden acceder por el sistema de promoción interna es preciso, para que puedan ser incluidos en la lista de aprobados, contestar adecuadamente el mismo porcentaje, que los concurrentes por el turno libre, de preguntas que les fueron formuladas y, aunque es cierto que puede resultar que en cada una de las listas el último de los aspirantes aprobados en la primera fase lo sea con una nota diferente, superada el mínimo aludido, y, en consecuencia, sea precisa menos puntuación en un caso que en otro, el nivel de calidad de conocimientos está garantizado por aquél mínimo exigible y, además, ello no interfiere en la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (principios consagrados en el artículo 23 de nuestra Carta Magna), pues los parámetros de referencia a estos efectos no son turno de promoción interna versus turno de promoción libre sino turno de promoción interna frente a turno de promoción interna y, por otra parte, turno de promoción libre frente a turno de

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

promoción libre. En definitiva, y como ya avanzamos, las Bases de la convocatoria, y su adecuada hermenéutica en función de lo previsto en el artículo 3.1 del Código Civil, obligaban al Tribunal Calificador a efectuar dos listas separadas y sucesivas, la primera para los aspirantes del turno de promoción interna que superaran, en función de las normas establecidas al efecto por el mismo, la puntuación mínima exigida, lista que sería comprensiva de los aspirantes aptos -sobre la base de dichos parámetros, lo que excluye, por cierto, el que a priori el contestar correctamente la mitad de las preguntas pueda ser requisito suficiente para integrar esta lista de declarados aptos en la primera fase- y hasta el límite, en su caso, del número de plazas reservadas para dicho turno y que podían superar la primera fase, siendo la segunda la comprensiva, con los mismos condicionantes, de los aspirantes al ingreso por el sistema libre; lista que, en su caso, resultaría acrecentada, en los concursantes que pudieran integrarla, en función de que la primera hubiera agotado o no las plazas reservadas. (Esta postura la sostuvimos, ante un asunto idéntico al que nos ocupa, en Sentencia de 19 de Mayo de 1.998, recurso numero 2.151/95, así como en la reciente Sentencia de 7 de noviembre de 2001, recurso numero 909/01, siendo coincidente, entre otras, con la postura sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia de 21 de Noviembre de 1.997).

Podría alegarse, ciertamente, que el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo sólo es aplicable a los funcionarios comprendidos en el apartado 1º del artículo 1 de la Ley 30/1.984, y que el personal sanitario se rige, por contra, para la provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna, por las normas específicas que le fueran de aplicación. A renglón seguido es necesario destacar, para desvirtuar ese alegato, que, en cualquier caso, dicho Reglamento tiene carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones Públicas. Esta normativa avala, con notoria claridad a nuestro juicio, el sistema de doble lista, pero es que, además, el mismo quedaría respaldado por las propias Bases de la Convocatoria, como ya avanzamos.

QUINTO.- La estimación de la primera de las pretensiones analizadas no evita, aunque ya lo hayamos anticipado líneas atrás, el que debamos considerar, en este momento, si las dos nuevas listas que se han de publicar, en función de lo expuesto en el Fundamento precedente, lo han de ser teniendo en cuenta, exclusivamente, el haber contestado correctamente la mitad de las preguntas formuladas en la fase de oposición.

Para resolver esta cuestión hemos de partir necesariamente de las previsiones hechas públicas en las Bases de la Convocatoria del proceso selectivo que nos ocupa, auténtica ley del mismo, y que disponían, Base Sexta apartado A), que las respuestas incorrectas puntuarían negativamente en la cuantía que determinase el Tribunal y que se haría público a los aspirantes con carácter previo al inicio del ejercicio. Esta previsión de la convocatoria determinaba, como competencia del Tribunal Central del Concurso-oposición, el fijar el concreto modo de corrección y calificación de los ejercicios, resultando, en consecuencia, que el mismo, en el



ejercicio de una potestad específicamente conferida por la Ley del Concurso-oposición, debía fijar un determinado sistema de corrección, fijación que se entronca dentro de lo que podríamos calificar como "núcleo material de la discrecionalidad técnica" respecto al cual cabe decir, (en este sentido se manifiestan el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre innumerables otras, de 18 de Abril de 1.989 y 14 de Noviembre de 1.991, y el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de Enero y 21 de Febrero de 1.992), que no corresponde a este Órgano Jurisdiccional interferirse en el margen de apreciación otorgado al Órgano de Calificación, ni examinar la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino comprobar si no se ha sobrepasado el margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los evaluados. En otras palabras, en asuntos como el sometido a nuestra consideración es preciso diferenciar con precisión el núcleo material de la decisión técnica reservado exclusivamente a los Tribunales de Selección, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los evaluados y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el proceso a analizar, si bien este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la disconformidad con el criterio de aquellos sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad de la valoración efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de igualdad y de mérito o capacidad para el acceso a las funciones públicas consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Norma Fundamental.

A tenor de estas consideraciones, y aplicando la doctrina descrita al supuesto de autos, no podemos llegar a otra solución que a sostener la corrección del sistema de penalización acordado, por cuanto no podemos apreciar la vulneración de los principios aludidos en el proceder seguido por el Tribunal actuante, no constando en ningún caso que el mismo revistiera un carácter no objetivo. Esta es la razón, en fin, por la que no procede, conforme se pretende, que se precise que en las dos listas que como dijimos se han de publicar deben figurar, por orden de puntuación, todos aquellos participantes que hayan contestado correctamente la mitad de las preguntas, por contra y en las mismas se ha de tener en cuenta, como expusimos, el resultado final que para cada aspirante arroje la valoración conjunta de las respuestas acertadas, menos la penalización resultante de las contestadas incorrectamente.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos, con la extensión que se establece en el



presente pronunciamiento, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Emilio García Guillén, en nombre y representación de D^a MARIA ANGELES ULIAQUE LOPE, contra los actos administrativos reflejados en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución, los cuales, por ser contrarios a derecho, anulamos; al tiempo que debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo, en el proceso selectivo analizado, desde el momento inmediatamente posterior a la realización del primer ejercicio del mismo, momento al que deberán retrotraerse las actuaciones a fin de que se proceda a hacer públicas las calificaciones de los aspirantes que han superado la fase de oposición, lo que habrá de llevarse a efecto en listas separadas respecto a cada uno de los sistemas de acceso previstos y conforme razonamos al Fundamento de Derecho Cuarto, continuando, después, el procedimiento en cuestión conforme determina la Resolución de 24 de Enero de 1.996; pronunciamientos por los que habrán de estar y pasar los contendientes, y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Luego que sea firme la presente Sentencia, remítase testimonio de la presente resolución, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen, que deberá de acusar recibo dentro del término de los diez días, conforme previene el artículo 105 de la L.J.C.A., para que la lleve a puro y debido efecto.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de recursos que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

N. 31/5/02

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente, Ilma. Sra. Dña. Mercedes Moradas Blanco, estando celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.