

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SENTENCIA

Iltmo. Sr. Presidente
Don Rafael Losada Armadá
Iltmas. Sras. Magistradas
Doña Clara Penín Alegre
Doña María Josefa Artaza Bilbao
Doña María Esther Castanedo García



En la ciudad de Santander, a cuatro de septiembre de 2012.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso contencioso-administrativo número 559/2011, interpuesto por DOÑA

Y DOÑA

representadas por la Procuradora Sra. Peña Revilla y asistidas por la Letrada Sra. Fernández- Martos Abascal contra la Resolución presunta, por silencio administrativo, recaída la recurso de alzada interpuesto contra el primer ejercicio de la fase de oposición de la convocatoria realizada mediante orden SAN/40/2008, de 23 de diciembre, de pruebas selectivas para el acceso mediante el sistema de concurso-oposición a plazas de la categoría estatutaria de médico de urgencia hospitalaria de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, siendo parte recurrida **EL GOBIERNO DE CANTABRIA**, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso es indeterminada.

Es ponente de la presente resolución la Iltma. Sra. Doña María Esther Castanedo García, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso se interpuso el día 13 de enero de 2011, frente a la resolución anteriormente reseñada.

SEGUNDO: En su escrito de demanda, las partes actoras interesan de la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad de la resolución combatida y se proceda a anular las pruebas realizadas, a disolver el tribunal, a nombrar uno nuevo y a repetir las pruebas garantizando tanto la intangibilidad de los exámenes como la imparcialidad del tribunal y el anonimato de los aspirantes al mismo conforma a la base 6ª de la convocatoria.

TERCERO: En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada solicita de la Sala la desestimación del recurso.

CUARTO: Recibido el proceso a prueba se practicaron las que constan en autos y las partes realizaron sus conclusiones finales, quedando los autos pendientes de señalamiento.

QUINTO: Se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 20 de junio de 2012, en que efectivamente se deliberó votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso la Resolución presunta, por silencio administrativo, recaída la recurso de alzada interpuesto contra el primer ejercicio de la fase de

oposición de la convocatoria realizada mediante orden SAN/40/2008, de 23 de diciembre, de pruebas selectivas para el acceso mediante el sistema de concurso-oposición a plazas de la categoría estatutaria de médico de urgencia hospitalaria de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

SEGUNDO: En la demanda las partes actoras alegan la infracción de los artículos 9.3, 23.2, 103 y 106 de la Constitución española así como la infracción de las bases 5.7 y 6.5 de la convocatoria.

En la contestación a la demanda antes de rebatir el fondo del asunto, se anuncian dos causas de inadmisibilidad de la demanda, que vamos a examinar a continuación.

La primera de ellas es que se está recurriendo un acto de trámite no cualificado. Este argumento cae por su propio peso por dos razones: la primera es que en la resolución expresa extemporánea de los recursos de alzada, de fecha 14 de octubre de 2010, (folio 31 de los autos) si se prevé su posible impugnación y en segundo lugar porque se trata de un caso de los previstos en el artículo 25.1º de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa ya que estamos ante una acto que perjudica irreparablemente los derechos o intereses legítimos de las demandantes en cuanto participantes es tal proceso de selección.

En segundo lugar, alega, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, la causa de inadmisibilidad de no haber agotado la vía- administrativa previa. Causa que decae, por lo expuesto anteriormente, es la propia administración la que en la resolución expresa de los recursos manifiesta "que esta resolución pone fin a la vía administrativa". No puede ampararse ahora la administración en una incorrecta información de recursos o de agotamiento de vía administrativa, teniendo los

administrados la presunción de que han actuado bien al ser el propio órgano que resuelve el que informa de que se causa estado en la vía previa a la contenciosa.

No se admiten, por tanto, ninguna de las causas del artículo 69 de las LJCA alegadas en la contestación a la demanda.

En cuanto al fondo del asunto, en la contestación de la demanda se alega que los vicios que se denuncian no afectan a la anulabilidad del acto impugnado, que el tribunal tenía la facultad de determinar los modos de realización del examen, que una marca en el examen no debe presuponer conocimiento del examinando, alega la garantía del anonimato por la forma en que se corrige "mecánicamente" el examen, que el uso de tip-ex es irrelevante, que no está en las bases la obligatoriedad de entrega de copia de plantilla del examen y que con un sistema de lectura pública de uno de los ejercicios es imposible hablar de anonimato.

TERCERO: En la resolución del presente recurso se tendrá en cuenta como normativa aplicable lo previsto en el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de Trabajo y Promoción profesional de los Funcionarios Civiles del estado, aprobado por Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo de 1995, modificado en 2004 y 2006. Teniendo en cuenta que el acceso de los ciudadanos al empleo público se reconoce en la Ley 7/2007 de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, mediante procedimientos en los que se garantice la publicidad de las convocatorias y sus bases, la imparcialidad y la profesionalidad de los órganos de selección la adecuación del contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar.

En este caso, se acompaña al escrito de interposición del recurso, copia de la convocatoria del concurso-oposición a examinar, y copia de las bases por las que se tenían que realizar las pruebas, teniendo que examinar especialmente la base 6ª que es la que las partes demandantes exponen se ha conculcado, y por eso el resultado de las pruebas ha devenido nulo.

La base 6ª de la convocatoria establece, en su apartado 5º: "Los Tribunales adoptarán las medidas oportunas para garantizar que los ejercicios de la fase de oposición sean corregidos a la mayor brevedad y sin conocimiento de la identidad de los aspirantes, excluyéndose aquellos candidatos en cuyos ejercicios figuren marcas o signos que permitan conocer la identidad del opositor".

CUARTO: Las pruebas a celebrar, en este concurso-oposición, eran: un primer ejercicio con 25 preguntas test de corrección mecanizada (folio 29 del expediente y 33 de autos) y dos temas a desarrollar con corrección en lectura pública (página 48 del expediente); después se celebraría un segundo ejercicio.

Tanto en los autos, como en el expediente administrativo, figuran las copias de las actas que el tribunal levantó de cada una de las convocatorias y reuniones celebradas, en las mismas consta lo siguiente:

1º.- Acta del día 22 de abril de 2010, el vocal don Pedro Sanroma manifiesta: "no estar de acuerdo con la corrección de la 2º parte del 1º ejercicio, debido a que no es anónima, facilitándose de esta forma, potenciar intereses de las distintas unidades, que los casos clínicos no deberían desarrollarse de esta forma, de acuerdo con la base 6.5º de la convocatoria".

En el mismo acta se recoge como el presidente del Tribunal dice: "a la vista de los resultados, comenta la disparidad en las puntuaciones de algunos candidatos, manifestando que cada

vocal ha puntuado como ha querido dentro de su discrecionalidad técnica, que existen grandes diferencias, a pesar de que los temas que salieron por sorteo, a su juicio, no parecían tener desarrollos muy distintos, y que finalmente, existen grandes rangos de puntuaciones, relacionados con el centro de trabajo".

A continuación la Vocal Sra. Rodríguez manifiesta "que se está sugiriendo que no se está siendo suficientemente objetivo a la hora de calificar".

El vocal Sr. Sanroma manifiesta "que es este procedimiento el que facilita estas situaciones".

El presidente concluye "reiterando su sorpresa por algunos resultados".

2º.- En el acta de 17 de mayo de 2010, se recoge el hecho de que en 23 de los 39 aspirantes existen más de 12 puntos de diferencia, en función del centro de trabajo, lo que supone el 40% de la puntuación que es posible otorgar.

De las alegaciones contenidas en los recursos de alzada interpuestos por las demandantes, como de las incluidas en la demanda y contestadas por la administración se da por probado que en la realización del test del primer ejercicio se dejó que los participantes utilizaran tip-ex, y que no se separaron sus datos personales de los exámenes para corregirlos, además de otras circunstancias de menor interés como que no se facilitase plantilla de respuestas a los examinandos para que pudieran corregir sus exámenes en casa, o comprobar que no se habían modificado las plantillas de test entregadas y las corregidas.

Las anteriores irregularidades han dado como resultado, probado, porque consta en las actas levantadas por el Sr. Secretario del Tribunal, antes transcritas, que se había beneficiado en la puntuación (en un rango de más de 12 puntos) al grupo de examinandos que habitualmente trabajaba en urgencias del hospital frente a los que hacían urgencias de centros de salud o domiciliarias. Se establece una consecuencia contraria





al derecho a la igualdad en el ámbito de acceso a la función pública.

Lo anterior es contrario al deber que tenía que cumplir el Tribunal y que venía establecido en la base 6.5º del Tribunal, que establecía: "Los Tribunales adoptarán las medidas oportunas para garantizar que los ejercicios de la fase de oposición sean corregidos a la mayor brevedad y sin conocimiento de la identidad de los aspirantes, excluyéndose aquellos candidatos en cuyos ejercicios figuren marcas o signos que permitan conocer la identidad del opositor".

El hecho de que un tribunal de oposiciones actué de acuerdo o no con las bases de la oposición es una cuestión fuera de los límites de la intocable discrecionalidad técnica y revisable por los tribunales de justicia como recientemente recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 14 de septiembre de 2010, Nº de Recurso: 303/2007 en que se dice: "la recurrente sostiene que se ha vulnerado el principio de discrecionalidad técnica de los Tribunales Calificadores de procesos selectivos, al entender la Comisión de selección, en vía de recurso, que el uso de maquinas calculadoras con una funciones prohibidas por las bases era contrario a derecho, anulando el proceso selectivo y ordenando su repetición, pues entienden los recurrentes que la determinación de si las calculadoras eran o no ajustadas a las bases es una cuestión técnica no revisable.

Esta Sala ha venido matizando la denominada doctrina de la discrecionalidad técnica, en el sentido de que en ningún caso puede evitar el control jurídico del proceso selectivo, pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que exige la restauración de los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 23.2 de la Constitución. Cuestión que junto a la arbitrariedad, la nulidad de pleno derecho y la vulneración de derechos fundamentales (que es uno de los supuestos) hacía que en la práctica tal principio no supusiera,



incluso durante la vigencia plena de dicha doctrina, obstáculo para entrar en el fondo del asunto. Todo ello sin desconocer desde luego que dicha doctrina significa una presunción "iuris tantum" de legalidad de los acuerdos de los Tribunales Calificadores, si se quiere especialmente importante a la hora de valorar la prueba en contrario, dada su composición técnica; y desde luego la absoluta libertad de apreciación técnica del Tribunal a la hora de resolver, sin perjuicio de la sujeción en su actuación al ordenamiento jurídico".

La propia resolución expresa extemporánea de los recursos de alza de las actoras les da la razón cuando en su página III expresa: "que la base 6.5º de la oren citada al indicar que se garantizará que los ejercicios se corrijan son sin conocimiento de la identidad del aspirante, se refiere a los ejercicios que no serán leídos en sesión pública por los aspirantes, es decir, al test del primer ejercicio". De este modo, da la razón la administración a las recurrentes cuando una de las causas de su impugnación es que al realizar el ejercicio test los folios entregados a los aspirantes contenían los datos personales de éstos impresos en su parte superior izquierda, y que fueron recogidos sin que se separaran estas partes de las respuestas, de modo que fueron corregidos conociendo la identidad exacta de cada opositor.

No se pueden admitir las alegaciones de la contestación de la demanda relativas al anonimato de la corrección porque se hace de manera mecanizada, ya que no se ajusta a lo establecido en la base, ni se prueba la realidad de tal anonimato. Tampoco las justificaciones relativas a la posibilidad de utilizar corrector cuando se prohíben expresamente en la base alegada las marcas de cualquier tipo.

La conclusión es que se corrobora lo alegado por las actoras respecto a que se han arbitrado formulas para identificar a los aspirantes a la hora de puntuarlos por lo que no se puede hablar de un ejercicio de oposición que cumpla con



lo previsto en la Constitución (artículo 14 o 23) o el EBEP, al contravenir el principio de imparcialidad del tribunal, de independencia de sus miembros, y de igualdad en los examinandos. En consecuencia, se debe declarar nula la prueba realizada, y se estima íntegramente la demanda y su suplico.

QUINTO: De conformidad con el principio general establecido en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la condena de ninguna parte al pago de las costas procesales generadas en esta instancia procesal.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S

Estimamos íntegramente el recurso contencioso-administrativo promovido por **DOÑA DORA GARCÍA SÁNCHEZ Y DOÑA SOLEDAD GONZÁLEZ BARREDA** frente al **GOBIERNO DE CANTABRIA** contra la Resolución presunta, por silencio administrativo, recaída la recurso de alzada interpuesto contra el primer ejercicio de la fase de oposición de la convocatoria realizada mediante orden SAN/40/2008, de 23 de diciembre, de pruebas selectivas para el acceso mediante el sistema de concurso-oposición a plazas de la categoría estatutaria de médico de urgencia hospitalaria de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria y acordamos declarar su nulidad y que se proceda a anular las pruebas realizadas, a disolver el tribunal, a nombrar uno nuevo y a repetir las pruebas garantizando tanto la intangibilidad de los exámenes como la imparcialidad del tribunal y el anonimato de los aspirantes al mismo conforma a la base 6ª de la convocatoria, todo ello sin expresa imposición de las costas



procesales causadas en esta instancia procesal a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

