

LOPD

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00175/2015

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA Nº 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2013 0000128

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000127 /2013 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: LOPD

Letrado: LOPD

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE GIJON, LOPD , LOPD

Procurador D./Dª , , LOPD , , , LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a veintidós de Septiembre de dos mil quince.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 127/13, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Doña LOPD , representada por la Procuradora Doña LOPD LOPD y asistida por el Letrado Don LOPD LOPD ; de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón representado por el Procurador Don LOPD y asistido por el Letrado LOPD y como codemandada Doña LOPD representada y asistida por el Letrado Don LOPD ; sobre personal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó demanda en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la misma y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

1º).- Se declare nula o anule y deje sin efecto la Resolución de 9 de Mayo de 2013, del Concejal Delegado de Administración Pública y Hacienda del Ayuntamiento de Gijón (acuerdo de delegación de la Junta de Gobierno Local de 16 de Octubre de 2012), por la que se acuerda estimar el Recurso de Alzada interpuesto por Doña **LOPD** contra la calificación del tercer ejercicio del proceso selectivo turno libre de dos plazas de técnico de Administración General, oferta Empleo Público 2008/2009; y, restableciendo la propuesta del Tribunal de Selección de 13 de junio de 2012, se reconozca a Doña **LOPD** el derecho a que se eleve propuesta de nombramiento a su favor como Técnica de Administración General.

2º).- Se condene a la Administración demandada a las costas del proceso de conformidad al art.139.1 LJ (redacción Ley 37/2011).

SEGUNDO: La demanda fue admitida a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por la representación de Doña **LOPD** se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 9-5-13 por la que se estima el recurso de alzada interpuesto contra la calificación del tercer ejercicio del proceso selectivo de referencia por Doña **LOPD**.

Se señala en la demanda que el día 9-1-10 se publica en el BOPA el anuncio relativo a la oferta de empleo público de 2008 y 2009 del Ayuntamiento de Gijón y Fundaciones y Patronato dependientes del mismo, así como las bases generales y particulares que rigen las convocatorias correspondientes.

Se añade que en el anexo IV-30ª del anuncio mencionado se contienen las bases específicas para la provisión de dos plazas de Técnico/a de Administración General del Ayuntamiento de Gijón, en turno de libre acceso, mediante concurso-oposición. Se indica que forman parte del expediente administrativo las Instrucciones para la realización de la selección.

Sigue la demanda que el día 4-6-12 tiene lugar la celebración de la tercera y última prueba de la fase de oposición. En el acta 22, que corresponde a la sesión celebrada el 12-6-12 se refleja el criterio previamente establecido en las Instrucciones dadas por la Administración a este y al resto de Tribunales de Selección que actúan en el marco de la OEP 2008-2009, conforme al cual para la superación del último ejercicio de la fase de oposición, resulta necesaria la obtención de la puntuación mínima posible en cada uno de los dos supuestos prácticos. Superan el tercer ejercicio cuatro de los once aspirantes que habían concurrido a su celebración. Tras la suma de las puntuaciones de la fase de oposición y de concurso, al día siguiente el Tribunal

acuerda elevar propuesta de nombramiento a favor de Doña **LOPD**
y de la demandante Doña **LOPD**

Se señala que contra aquella propuesta de nombramiento interponen recurso de alzada las aspirantes Doña **LOPD** **LOPD** y Doña **LOPD** con fecha 9 y 14 de julio de 2012 respectivamente. Ante la desestimación presunta de tales recursos, las recurrentes inician la vía contencioso-administrativa (PA 33/13 Y PA 127/13). A muy pocos días del 21-5-13 señalado para la celebración de la vista del PA 33/13 la Administración cambia la posición de esta parte que pasa de codemandada en aquel procedimiento a demandante en el presente proceso.

Se indica que el día 11-6-13 tiene lugar la celebración del último ejercicio de la fase de oposición del procedimiento para la provisión de una plaza de Técnico/a de Gestión de Administración General, en turno de acceso libre. Tal ejercicio consiste en el desarrollo por escrito, durante tres horas, de dos supuestos prácticos a elegir entre cuatro que planteará el Tribunal, relacionados con las funciones propias de la plaza convocada, así como con el temario anexo. Antes de comenzar la citada prueba el Tribunal entrega a quienes concurren a su realización, un documento de instrucciones en el que se les informa de que para superar el ejercicio es necesario aprobar cada uno de los dos supuestos prácticos.

Como fundamentos de derecho se alega que la resolución impugnada es contraria a derecho, en concreto a los principios de igualdad y capacidad consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, así como al principio de proporcionalidad (art. 55 de la Ley 7/07. Se señala que la resolución incorpora a su motivación los argumentos contenidos en una sentencia del TS que no pueden trasladarse al proceso selectivo analizado. Se indica que el cumplimiento del principio de publicidad no autoriza a desconocer, en las circunstancias del proceso selectivo analizado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y que el acto impugnado adolece de incoherencia. Se señala que el principio de discrecionalidad técnica veda la sustitución del criterio del Tribunal por el propio de la Administración.

Por la Administración demandada y la parte codemandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: La cuestión litigiosa en el presente procedimiento consiste en determinar si el criterio de valoración del tercer ejercicio adoptado por el Ayuntamiento al resolver el recurso de alzada interpuesto por Doña **LOPD** **LOPD** es conforme a derecho.

El Tribunal de selección en la reunión celebrada el 12-6-12 (folios 122 y 123 del expediente), acta 22, estableció que "una vez leídos todos los ejercicios y con carácter previo a su puntuación, por los miembros del Tribunal se establece como criterio que para la superación del Tercer Ejercicio de la Fase de Oposición, es necesaria la obtención de una puntuación mínima de 5 puntos en cada uno de los supuestos". Doña **LOPD** **LOPD** obtuvo un 5 en el supuesto práctico 3 y un 7 en

el supuesto práctico 4, mientras que Doña **LOPD**
LOPD en el supuesto práctico 1 y un 3 en el
supuesto practico 4, siendo considerada no apta.

La resolución recurrida modifica el criterio del Tribunal Seleccionador al entender que no cabía exigir una puntuación mínima de 5 puntos en cada uno de los supuestos que componían el ejercicio.

La base general decimotercera que rige la convocatoria establece en su apartado 2 que lo establecido en estas Bases no afectará al contenido específico de los respectivos anexos en caso de contradicción. Las bases vinculan a la Administración, a los tribunales de selección y a quienes participen en las mismas (folio 11 del expediente).

El apartado A.3 de la base específica 9ª relativa al tercer ejercicio establece que "consistirá en la resolución de dos supuestos prácticos elegidos por el aspirante entre cuatro propuestos por el Tribunal...Este ejercicio se puntuará de 0 a 10 puntos y para superar el mismo será preciso obtener una calificación mínima de 5 puntos".

Esto es, la puntuación de 0 a 10 puntos se atribuye al tercer ejercicio en su conjunto y no a los supuestos prácticos que lo componen, de modo que la base no incorpora ningún criterio descalificante vinculado a la superación de una puntuación mínima en cada uno de los supuestos en que se divide.

Así las cosas resulta plenamente aplicable al caso de autos el criterio mantenido por el TS en la sentencia de 27-6-08, en la que se señala que "La base 4.1.2. no preveía en la calificación del ejercicio práctico esta valoración separada de cada uno de los supuestos, previendo un mínimo a superar en cada uno de ellos", tal y como sucede en el caso de autos en la base específica 9ª A.3 reseñada. Al respecto señala dicha sentencia que "en consecuencia, la cuestión consiste en decidir si estamos ante una simple interpretación de las bases realizadas por el Tribunal, o si por el contrario se introduce un contenido no previsto en las mismas y contrario a éstas. A juicio de esta Sala, así ocurre, pues aun cuando puedan existir en las bases previsiones que establezcan un mínimo para cada uno de los supuestos que formen parte de un ejercicio, ello debe disponerse expresamente en éstas, pues de otra forma se rompe con lo previsto en las bases, que hay que presumir que al no establecer estas previsiones se remite, como en las otras bases a un examen conjunto del ejercicio, y además el necesario equilibrio que debe existir entre los distintos ejercicios, en este caso entre el teórico y práctico, introduciendo en uno de ellos requisitos de eliminación que no constaban en las bases. En consecuencia, el Tribunal calificador no estaba autorizado para introducir este límite. Pero es que, en cualquier caso, el principio de publicidad exige que los criterios de actuación del Tribunal sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes pues solo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica, pues los participantes adecuarán entonces su ejercicio a los criterios manifestados por el Tribunal Calificador"

En el caso de autos la base específica 9ª A.3 no contiene como criterio eliminatorio el hecho de que un aspirante no alcance una puntuación de 5 en los dos ejercicios realizados, sino que de la misma se deduce la procedencia de realizar una valoración conjunta del ejercicio, como lo evidencia el hecho de que la puntuación a otorgar (de 0 a 10 puntos) lo es al ejercicio en su conjunto (no a cada supuesto que lo compone) para superar el cual es preciso obtener una calificación mínima de 5 puntos, y de ahí que la resolución recurrida al valorar conjuntamente ambos ejercicios otorgando la puntuación media de 5 es conforme a derecho.

La resolución impugnada no afecta al núcleo de la discrecionalidad técnica del Tribunal de Selección puesto que no se revisa la valoración del ejercicio realizada por el Tribunal calificador, sino la forma de puntuación empleada por dicho Tribunal. Y por ello no procede la repetición de la prueba sino la correcta puntuación de la misma (solución adoptada por la STS 27-6-08 citada).

La solución que adopta la resolución impugnada no infringe el principio de igualdad y capacidad invocados por la actora. En cuanto al primero se aplica el criterio que adopta a todos los aspirantes. En cuanto al segundo, sin dejar de reconocer la razonabilidad del criterio mantenido por el Tribunal de Selección, ello no significa que la valoración conjunta del ejercicio suponga una vulneración del principio de capacidad. Así bajo dicho principio no puede sostenerse que resulte menos idóneo para una plaza un aspirante que obtenga un 10 y un 4 en los dos ejercicios prácticos frente a quien obtiene un 5 en ambos. Por tanto el sistema de valoración conjunta del ejercicio no vulnera el mencionado principio constitucional, sin perjuicio de admitir al mismo tiempo la existencia de otros criterios de valoración que resultan igualmente idóneos para dar cumplimiento al mismo. El hecho de que las Instrucciones obrantes en el expediente (folios 35 y ss.) previesen en el caso de que la prueba práctica incluyese el desarrollo de más de un supuesto que deberán aprobarse todos los supuestos prácticos no excluye las anteriores conclusiones. Las Instrucciones no forman parte de las bases y no están publicadas en el BOPA, no siendo además notificada a los aspirantes dicha Instrucción antes de la realización de la prueba, como después veremos.

En efecto, a mayor abundamiento, siguiendo la Sentencia del TS de 27-6-08, en el presente caso no se dio cumplimiento al principio de publicidad que exige que los criterios de actuación del Tribunal sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes.

Consta en el acta 22 (folio 122 del expediente) que "una vez leídos todos los ejercicios y con carácter previo a su puntuación, por los miembros del Tribunal se establece como criterio que para la superación del Tercer Ejercicio de la Fase de Oposición, es necesaria la obtención de una puntuación mínima de 5 puntos en cada uno de los supuestos". Esto es, el criterio fue establecido con posterioridad a la realización de la prueba y no fue notificado a los aspirantes; lo que

conculca el principio de publicidad en relación al de seguridad jurídica.

Se alega por la actora que estaríamos en presencia de una irregularidad no invalidante y no en un supuesto de invalidez ya que de haberse comunicado a los aspirantes antes de la celebración del ejercicio el criterio de calificación que iba a seguirse, los resultados no habrían variado, pues los opositores habrían elegido, en cualquier caso, los dos supuestos prácticos que pensaban podrían resolver mejor de entre los cuatro propuestos.

Sin embargo no podemos aceptar este planteamiento, pues de conocer los opositores la necesidad de obtener una puntuación mínima de 5 en cada supuesto, no es descartable que modificasen alguno de los casos prácticos elegidos, escogiendo aquellos que a priori, pudieran garantizarles el aprobado (a costa de otros en que podrían obtener buena nota) y, en segundo lugar, también hubiera podido cambiar el tiempo destinado por cada opositor a resolver cada supuesto práctico, sacrificándolo en aquel supuesto en que entendiese alcanzado el aprobado, aunque un mayor tiempo de desarrollo le permitiera alcanzar una mejor puntuación, en beneficio de otro ejercicio, al que una mayor dedicación de tiempo le permitiera obtener (bajo su criterio) el aprobado.

Se alega por la actora que el 11-6-13 tiene lugar la celebración del último ejercicio de la fase de oposición de una plaza de Técnico de Gestión de Administración General, en que antes de comenzar la prueba el Tribunal entrega a quienes concurren a su realización un documento de instrucciones en el que se les informa de que para superar el ejercicio es necesario aprobar cada uno de los dos supuestos prácticos.

Sin embargo el criterio mantenido por el Tribunal en la sesión de 11-6-13 reseñada, es posterior (no precedente) al adoptado por el Tribunal de selección en la sesión de 12-6-12, objeto del presente recurso. Además en aquel caso, a diferencia de éste, se dio publicidad a los aspirantes del criterio de calificación antes de comenzar la prueba, siendo aplicable, en todo caso, la doctrina jurisprudencial según la cual, el principio de igualdad ha de observarse entre todos los participantes del proceso selectivo, pero el Tribunal calificador, en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, que en esto consiste, y no en la imposibilidad de que el resultado sea fiscalizado por los órganos jurisdiccionales, es libre para establecer criterios de valoración que no tienen necesariamente que coincidir, ni con los procesos selectivos anteriores, ni vinculan desde luego a los posteriores, y en consecuencia, el parámetro de la igualdad vendrá dado no por esta comparación, sino con el trato que reciban todos los que participan en el mismo proceso selectivo (STS 22-1-08).

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO: En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.



FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña **LOPD** representada por la Procuradora Doña **LOPD** **LOPD** contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 9-5-13 por resultar la misma conforme a derecho; sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Asturias.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.

