

Roj: **STS 904/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:904**Id Cendoj: **28079130072015100048**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **02/03/2015**Nº de Recurso: **4023/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 13125/2013,**
STS 904/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 4023/13 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Dolores Girón Arjonilla en nombre y representación de D. Estanislao contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección 3^a, con sede en Sevilla en el recurso núm. 256/2013, seguido a instancias de D. Estanislao contra la resolución presunta (posteriormente expresa de 3-6-08) de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por la que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de dicha Consejería de 24-7-07 por la que se publicaba la relación del personal seleccionado en las pruebas de ingreso en el cuerpo de maestros, en su caso, especialidad de "educación física", convocado por Orden de 24-3-07, y efectuaba los nombramientos provisionales de funcionarios en prácticas. Ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía representada por el Letrado de la Junta de Andalucía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 256/2013 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección 3^a con sede en Sevilla, se dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2013, que acuerda: "Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones expresadas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, debemos declarar y declaramos dichas resoluciones ajustadas a derecho, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Estanislao se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 21 de enero de 2014 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de la Junta de Andalucía por escrito de 14 de julio de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso presentado de contrario.

QUINTO.- Por providencia de 20 de octubre de 2014 se señaló para votación y fallo para el 25 de febrero de 2015, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Estanislao interpone recurso de casación **4023/2013** contra la sentencia desestimatoria de 5 de noviembre de 2013 recaída en el recurso contencioso 256/2013 dictada por el TSJ Andalucía, Sevilla, Sección Sexta frente a la impugnación formulada por aquel contra la resolución presunta (posteriormente expresa de 3 de junio de 2008) de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por la que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de dicha Consejería de 24 de julio de 2007 por la que se publicaba la relación del personal seleccionado en las pruebas de ingreso en el cuerpo de maestros, en su caso, especialidad de "educación física", convocado por Orden de 24 de marzo de 2007, y efectuaba los nombramientos provisionales de funcionarios en prácticas.

Identifica el acto impugnado en su PRIMER (completa en Cendoj Roj: STSJ CV 4664/2013 - ECLI:ES:TSJCV:2013:4664) fundamento mientras en el SEGUNDO expresa el contenido del recurso a resolver.

En el TERCERO expresa que es cierto que el motivo esgrimido para no tener en cuenta los libros en la baremación provisional fue el número 28, que no correspondía. No obstante, al resolver el recurso de reposición, ya se le indicó que se trataba de la falta de fotocopia de los ejemplares correspondientes.

Añade que, las bases 3.6.3, 7.3, último párrafo, y el Anexo 3.2 obligan a entregar los ejemplares completos en el acto de presentación, cosa que no se ha realizado, pues los ejemplares siguen sin aportarse.

Reseña que en cuanto al cd, conforme consta en informe del Presidente de la Comisión de Baremación, reflejado en la resolución desestimatoria del recurso de reposición, se aportó solo la carátula del CD y de cada uno de los capítulos, pero no se aportó ningún contenido del mismo, por lo que tampoco es baremable.

SEGUNDO.- 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA aduce infracción del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103, 23.2 y 14 de la Constitución en relación con la infracción del art. 24 de la CE , y la arbitrariedad proscrita en el art. 9.3 CE .

Invoca la interdicción de la arbitrariedad por razón de que la sentencia ha valorado los hechos forma arbitraria sin contrastarlo con lo acreditado en el expediente.

Discrepa de que se acepta que "no correspondía", motivo 28, la valoración de los libros argüidos en cuanto que si aportó el certificado de la editorial en el que conste el número de ejemplares y su difusión en librerías comerciales.

Atribuye a la sentencia incongruencia interna al hablar de falta de fotocopias cuando el motivo de reparo fue el 28 ya citado.

Recalca que la sentencia incurre en error determinante de arbitrariedad pues consta en el folio 204 del expediente que "se adjuntaron como documentación todas las publicaciones junto con los certificados del gerente de métodos ediciones (Documental I, b,c).

1.1. Interesa su inadmisión el Letrado de la Junta de Andalucía por absoluta falta de fundamento.

Añade que la sentencia debe confirmarse ya que el recurrente se limitó a adjuntar una relación de autores y portada de la publicación incumpliendo así las bases.

Insiste en que no cabía subsanarse al no haber aportado la existencia siquiera indiciaria de las publicaciones, al no bastar un CD con los títulos de las obras.

2. Un segundo motivo al amparo del art. 88. 1. d) LJCA atribuye infracción del art. 3.1 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC) que impone a la Administración el deber de respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima en relación con el principio de proporcionalidad que deriva del art. 103 CE .

Arguye que la Sentencia de la Sala de Sevilla, incurre en infracción del principio de buena fe y confianza legítima al motivar la sentencia en base a los folios 225 a 233 del expediente que resuelven el recurso de reposición obviando que el recurso se interpone contra la desestimación por silencio del recurso interpuesto.

Sostiene la infracción de los principios de buena fe y confianza legítima en relación con el principio de proporcionalidad, si se tiene cuenta que:

a) El interesado presentó la documentación exigida y de estimarse defectuosa debió ser requerido para una posible subsanación de conformidad con lo previsto en el art 71 de la LRJAPAC.

b) No se puede, una vez que se acredita que el motivo de reparo 28 no procede, sorprender al interesado con un nuevo motivo, que ni siquiera ha podido ser rebatido en reposición.



Es más, si se estimó que el motivo era distinto al nº 28 ante la más mínima duda, debió requerírsele para la acreditación. (STS de 4 de diciembre de 2012).

c) De igual forma que se hizo para rebatir el motivo de reparo nº 28 se podía haber hecho si se hubiese expresado otro motivo pues los documentos fueron aportados, y de nuevo se podrían haber aportado de ser requerido por la Administración.

d) Acreditado que el motivo de no valoración era inexistente, después de interponer el recurso de reposición se buscan otras razones que conduzcan a la no valoración situando en total indefensión al interesado al resolver extemporáneamente después de haberse interpuesto el recurso contencioso- administrativo.

Y no puede olvidarse, que la Comisión tiene como motivo de reparo el nº1 "no aportar documentación acreditativa de méritos", motivo que debió hacerse constar para no incurrir en mala fe e incurrir en infracción del principio de confianza legítima (art. 3 LRJAPAC). Si no estimó dicho motivo no puede después de interponer el recurso de reposición aludir al mismo y sin ofrecer al interesado la más mínima oportunidad de defensa, máxime cuando el Doc.I adjunto a la demanda de 22 certifica que ha hecho entrega de los méritos .

2.1. Lo refuta la administración al no poder revisarse la prueba en casación.

TERCERO.- Invirtiendo el orden de los motivos procede el examen del segundo.

Para resolverlo en lo que se refiere a la inobservancia de subsanación (debidamente esgrimida en la demanda) hemos de recordar la doctrina de esta Sala reproducida en la reciente Sentencia de 30 de setiembre de 2014, recurso 2331/2013 con cita de otras anteriores.

1. En la Sentencia de esta Sala y Sección de 24 de enero de 2011, recurso de casación 344/2008 se dice en su FJ Cuarto: " *En efecto, no sólo en la sentencia de 4 de febrero de 2003 - aquí invocada por la recurrente - dictada en el recurso de casación en interés de la ley 3437/2001 nos hemos ocupado de la cuestión de la subsanación en los procedimientos selectivos. También lo hemos hecho con posterioridad en otros supuestos que no se referían a los requisitos de participación sino también a la justificación de los méritos ante la negativa de la Administración a aceptar documentos que juzgaba no ajustados a las bases de la convocatoria: entre otras en las sentencias de 11 de octubre de 2010 (casación 4236/2009), 30 de diciembre de 2009 (casación 1842/2007), 10 de junio de 2006 (casación 3244/2006), 16 de abril de 2008 (casación 5382/2003), 14 de septiembre de 2004 (casación 2400/1999). En estos casos, hemos tutelado las pretensiones de los participantes en distintos procesos selectivos para el ingreso a la función pública de que fueran tenidos en cuenta los méritos que alegaban siempre que hubieran sido aducidos y justificados documentalmente en el momento establecido aunque esa justificación hubiera debido ser aclarada o subsanada ulteriormente. Es decir, en supuestos semejantes a este. En todos ellos hemos considerado excesivo y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito a quien había acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubiera satisfecho alguno de los meramente formales.*"

2. La doctrina anterior ha sido reiterada en otras Sentencia recientes como la de 8 de mayo de 2013, recurso de casación 312/2012 con cita de otras en la misma línea como la de 16 de mayo de 2012, recurso de casación 4664/2012 .

La antedicha Sentencia de 8 de mayo de 2013 subraya en su FJ Quinto, 2 que " *La especial virtualidad que ha de darse a los derechos fundamentales, como lo es el reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, aconseja valorar la conducta de todo aspirante en procesos selectivos con criterios de racionalidad y proporcionalidad; y esto lo que comporta es la necesidad de descartar interpretaciones formales rigoristas que, por excesivas, obstaculicen la prioridad que ha de darse a quien en el proceso selectivo haya alcanzado mayores cotas en lo relativo al mérito y la capacidad y, en esta misma línea, conduce también a permitir la subsanación de errores formales cuando en la instancia inicial sea deducible la voluntad de invocar el concreto mérito al que esté referida la subsanación, aunque el interesado la haya expresado de manera errónea y lo haya justificado de manera incompleta o insuficiente . "*

3. También por aplicación de la antedicha jurisprudencia la Sentencia de 4 de diciembre de 2012, recurso de casación 858/2011 insiste en su FJ Sexto en que " *en virtud del principio de subsanación consagrado en el art. 71 de la Ley 30/1992, debe requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener la certificación de méritos alegados . "*

4. Criterio vuelto a reiterar en la Sentencia de 17 de diciembre de 2013, recurso de casación 1845/2012 .

5. También en la Sentencia de 26 de diciembre 2012, rec. casación 694/2012, se recordó las Sentencias de esta Sala y Sección de 25 de abril de 2012, rec. casación 1222/11, y 16 de mayo de 2012, rec. casación 4664/11, doctrina, en el sentido de que procederá admitir la subsanación de posibles omisiones de los méritos ya alegados, en la fase del recurso de alzada o reposición, en su caso, sin necesidad de requerimiento previo.



6. Misma línea en Sentencia 25 de octubre 2012 , rec. casación 1417/2011 respecto a publicaciones aportadas por fotocopias y no por originales sin requerimiento de subsanación si bien fueron aportadas sin tal requerimiento en la fase de concurso tras haber sido aducido si bien justificado de manera formalmente insuficiente.

CUARTO.- Se trata de valorar si la aportación incompleta de las publicaciones supone la invocación de nuevos méritos, o por el contrario la vulneración del art. 71 de la LRJAPPAC en relación con la Base 3.6.3 que sólo prevé la toma en consideración de los méritos acreditados documentalmente y la 3.7. acerca de que deben haber sido perfeccionados con anterioridad a la terminación del plazo de presentación de solicitudes.

Lo anterior ha de contraponerse con lo alegado en vía administrativa, independientemente de que su justificación hubiere podido ser defectuosa no respetando en su literalidad lo preceptuado en las bases de la convocatoria.

La afirmación del recurrente acerca de que presentó toda la documentación completa solo encuentra apoyo en los folios indicados que se encuentran redactados por el mismo (recurso de reposición).

No obstante es cierto consta que en el apartado 3.2. de la hoja de autobaremación consignó puntuación derivada de varias publicaciones, como coautor, respecto de las que aportó certificado del Gerente de la editorial Método en el sentido de que habían sido editados 150 ejemplares distribuidos en librerías comerciales así como fotocopia de la primera hoja en que figuraba el pertinente ISBN. Faltaba un ejemplar correspondiente a cada una de las publicaciones.

Significa, pues, que con arreglo a la jurisprudencia más arriba referenciada la administración debía haber otorgado plazo de subsanación para la presentación de las publicaciones en su complitud.

Máxime cuando al resolver el recurso de reposición subraya " la falta de presentación de las publicaciones" (reparo 1), lo que coincide con el informe de la Comisión de baremación obrante en el expediente administrativo informando el recurso administrativo del recurrente.

Sin embargo, inicialmente, como motivo de reparo (además de los no cuestionados 15 y 20) le fue indicado al recurrente que "no aporta certificado de la editorial en que conste el número de ejemplares y su difusión en librerías comerciales." (reparo 28)

Prospera el motivo.

QUINTO.- Lo anterior obliga a resolver en los términos en que se planteó el debate en instancia conforme al art. 95.2. d) LJCA .

A la vista de las anteriores argumentaciones debe permitirse al recurrente que aporte un ejemplar de las publicaciones en controversia (lo que hizo indebidamente en sede casacional aportando un ejemplar de las publicaciones escritas y dos DVD) para que se proceda a su valoración conforme a la base realtiva a otros méritos publicaciones.

Lo expuesto, dada la alegación tempestiva del mérito, conduce a la estimación del recurso en razón de la doctrina antes expuesta acerca del art. 71 LRJAPAC.

En consecuencia se declara el derecho del recurrente a que se le sumen los puntos relativos a "otros méritos, publicaciones" a la puntuación otorgada en las listas definitivas debiendo otorgársele por la Junta de Andalucía la plaza que en función de la puntuación resultante le corresponda, con efectos desde que le debió ser otorgada.

SEXTO.- En cuanto a costas no procede hacer especial imposición de las del recurso de casación ni de las de la instancia, en cuanto a las del primero por no darse el supuesto de imposición establecido en el art. 139.2 LJCA , y en cuanto a las de la segunda, por no apreciarse mala fe o temeridad en la recurrente, que era el supuesto establecido en el texto del art. 139.1 LJCA vigente en el momento de la interposición del recurso.

Por lo expuesto en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación formulado por la representación de la representación procesal de D Estanislao contra la sentencia desestimatoria de fecha 5 de noviembre 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Sexta, con sede en Sevilla en el recurso núm. 256/13 . Sentencia que se declara sin valor alguno.



Se estima el recurso contencioso núm. 256/2013 deducido por Don Estanislao declarando el derecho del recurrente a que se le sumen los puntos a que se refiere el FJ 6º de esta sentencia a la puntuación otorgada en las listas definitivas debiendo otorgársele por la Junta de Andalucía la plaza que en función de la puntuación resultante le corresponda, con efectos desde que le debió ser otorgada.

En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolás Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Dª Celsa Pico Lorenzo D. José Díaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ