

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Mayo de 2016 (rec.1028/2015)

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1028/15 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Silvia Vazquez Senin en nombre y representación de D^a Zaira contra la *sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con sede en A Coruña, en el recurso núm. 778/2011*, seguido a instancias de D^a Zaira, contra la Orden de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, de fecha 27 de julio de 2011, por la que se hace pública la lista de los aspirantes seleccionados en el proceso selectivo para ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y de Maestros y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de carrera de los antedichos cuerpos de la Comunidad Autónoma de Galicia convocado por Orden de 8 de abril de 2011 (Diario Oficial de Galicia de 11 de abril); posteriormente ampliado contra la resolución de aquella Consellería, de fecha 24 de mayo de 2012, desestimatoria de recurso de alzada promovido contra otra, de 14 de julio de 2011, por la que se hacen públicas las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso del expresado proceso de selección. Ha sido parte recurrida la Junta de Galicia representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vazquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 778/2011 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Galicia con sede en A Coruña, se dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2014*, que acuerda: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a Zaira contra Orden de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, de fecha 27 de julio de 2011, por la que se hace pública la lista de los aspirantes seleccionados en el proceso selectivo para ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y de Maestros y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de carrera de los antedichos cuerpos de la Comunidad Autónoma de Galicia convocado por Orden de 8 de abril de 2011 (Diario Oficial de Galicia de 11 de abril); posteriormente ampliado contra la resolución de aquella Consellería, de fecha 24 de mayo de 2012, desestimatoria de recurso de alzada promovido contra otra, de 14 de julio de 2011, por la que se hacen públicas las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso del expresado proceso de selección; todo ello sin hacer imposición de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D^a Zaira, 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 17 marzo

de 2015 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 Galicia por escrito de 7 de septiembre de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 13 de enero de 2016 se señaló para votación y fallo para el 27 de abril de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto continuando el 4 de mayo.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de doña Zairainterpone *recurso de casación 1028/2015 contra la sentencia desestimatoria de 17 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con sede en A Coruña, en el recurso núm. 778/2011* , deducido por aquella contra Orden de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, de fecha 27 de julio de 2011, por la que se hace pública la lista de los aspirantes seleccionados en el proceso selectivo para ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y de Maestros y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de carrera de los antedichos cuerpos de la Comunidad Autónoma de Galicia convocado por Orden de 8 de abril de 2011; posteriormente ampliado contra la resolución de 24 de mayo de 2012, desestimatoria de recurso de alzada promovido contra otra, de 14 de julio de 2011, por la que se hacen públicas las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso del expresado proceso de selección.

La sentencia (completa en Cendoj **Roj:** STSJ GAL 8752/2014 - **ECLI:** ES:TSJGAL:2014:8752) en su PRIMER fundamento identifica el acto impugnado y la pretensión actora.

En el SEGUNDO analiza las cuestiones discutidas de la fase de concurso mientras hace lo propio en el TERCERO respecto a la fase de oposición desestimando las pretensiones.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 88. 1. c) LJCA* articula cuatro motivos de casación.

1. Un primero invoca infracción del *art. 24 CE* en relación con el *art. 55 LJCA* . Rechaza se tome como fundamento para dictar el fallo un expediente administrativo incompleto en el que faltan documentos esenciales, entre ellos toda la documentación relativa a la fase de oposición tal cual adujo en la demanda reclamando por otrosí la remisión del expediente completo.

1.1. Muestra su oposición el Letrado de la Xunta.

Señala que la recurrente omitió el trámite preceptivo para solicitar el complemento del expediente.

Aduce hizo referencia a la deficiencia del expediente en la parte relacionada con la primera resolución impugnada, pero solicitó su incorporación a autos de forma extemporánea y como una mera prueba documental, utilizando el trámite del *art. 60 de la LJCA* .

Reputa obvio que dicha actuación se aparte de lo establecido en la ley procesal, pues ignoró el plazo preceptivo y demoró a la fase probatoria aquello que debía preceder a su demanda, por lo que el motivo debe ser desestimado.

2. Un segundo esgrime por infracción del *art. 24 CE* en relación con los *arts. 60.1 y 60.3 LJCA* .

Sostiene que la Sala no ha acordado el recibimiento a prueba del proceso a pesar de haberse pedido por otrosí en el escrito de demanda, expresándose los puntos de hecho sobre los que debía versar la prueba (documental y testifical), existiendo disconformidad en los mismos y siendo de trascendencia para la resolución del pleito.

Invoca quebranto de los *arts. 281 y 282 LEC* , entendiendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, y a un proceso con todas las garantías, al no permitirse la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Afirma ha cumplido con lo dispuesto en el *art. 88.2 LJCA* .

2.1. También la Xunta objeta los restantes.

Objeta que si pretendía acreditar cuestiones como la valoración efectuada por un solo miembro del tribunal, bien pudo solicitar oportunamente la parte del expediente referida a dicha fase, donde constan las actas del tribunal.

En todo caso, respecto a la concreta cuestión relativa a la valoración señala que la recurrente no niega que en dicha valoración del proceso selectivo estuviesen presentes todos los miembros del tribunal, sino que manifiesta que uno sólo de ellos fijó la puntuación.

Entiende que tal cuestión no supone la contradicción de las bases, puesto que si uno fija una puntuación y los demás muestran su conformidad con la misma, el resultado es igual al fijado en las bases.

En lo que respecta al resto de pruebas propuestas por la recurrente, objeta están destinadas a acreditar hechos que no tienen influencia en el proceso, pues de tales hechos la demandante realiza unas deducciones que no pueden ser calificadas sino de conjeturas.

3. Un tercero invoca infracción del *art. 24 CE* en relación con el *art. 60.2 LJCA* .

Alega que no se acordó el recibimiento a prueba a pesar de haberlo solicitado a través de un escrito de 5/11/2014, vedando así la posibilidad de acreditar que el examen de la recurrente fue puntuado por un único miembro del tribunal, con vulneración de las bases de la convocatoria, así como que la programación prestada (sic) por el secretario del tribunal cuando superó su proceso selectivo para acceder al cuerpo en 2008 era el mismo que el prestado (sic) por una de las candidatas seleccionada, o la relación de aspirantes que obtuvieron mayor puntuación con el

centro educativo en el que prestaban servicios docentes los miembros del tribunal.

4. Un cuarto aduce infracción del *art. 24 CE* en relación con el *art. 64.4 LJCA* y el *art. 61.2 LJCA* , así como los *arts. 435 y concordantes de la LEC* .

Aduce que la Sala no ha acordado como diligencias finales la práctica de las pruebas propuestas en el escrito presentado el 5/11/2013. Indica que tal petición la efectuó en el escrito de conclusiones.

TERCERO.- Tiene razón el Letrado de la Xunta cuando objeta que de las actuaciones seguidas en la instancia se desprende que cuando a la demandante se le hizo entrega del expediente remitido por la Administración aquella no hizo uso de la posibilidad prevista en el *artículo 55 de la LJCA* para que se reclamaran los documentos relativos a la fase de oposición.

Es cierto que solicitó la documentación que faltaba mas mediante otrosí en que interesaba el recibimiento a prueba mediante la incorporación del expediente de la actora más el de los siete aspirantes que obtuvieron mayor puntuación así como las actas del tribunal.

Procede, por ello, atender a la reiterada jurisprudencia expresada en la *Sentencias de 27 de febrero de 2006, recurso casación 348/2003 , 22 de enero de 2008, recurso de casación 3615/2004 , 16 de junio de 2009, recurso de casación 2937/2007* acerca de que *"carece de relevancia alguna la alegación de que el expediente administrativo está incompleto, cuando los recurrentes pudieron hacer uso de la posibilidad que les otorgaba el precitado art. 55 de la Ley de la Jurisdicción y no lo hicieron (STS de 2 de febrero de 2000, recurso de casación nº 1643/1994 , entre otras); no cabiendo hacer uso del periodo probatorio para tratar de corregir la pasividad a la hora de hacer uso de esa facultad de integración del expediente prevista en el tan citado artículo 55 (ATS de 27 de febrero de 2002, recurso nº 482/2001). En suma, si lo que la parte pretende -y tal es el caso que nos ocupa- no es tanto acreditar hechos controvertidos como más bien integrar el expediente administrativo mediante la incorporación al mismo de documentos supuestamente no unidos por la Administración en la documentación remitida a la Sala, debe hacer uso de la facultad procesal expresamente prevista para tal fin -la establecida en el tantas veces mencionado artículo 55 LJCA -, y si no lo hace, no puede luego pretender, de forma extemporánea e inadecuada, hacer uso del periodo probatorio para enmendar su falta de diligencia "*.

O en términos de la *Sentencia de 6 de noviembre de 2009, recurso de casación 4938/2005* , el *art. 55* regula un *" trámite que debe verificarse antes de la demanda y no con ocasión de esta"*.

Como recuerda el *ATS de 2 de noviembre de 2005 , recurso ordinario 168/2005* *"el derecho a la defensa que proclama el art. 24.1. CE es de configuración legal, y la previsión legal, en el momento procesal de formalizar la demanda, lo que reconoce es la disposición del verdadero expediente, reservado para la fase de la prueba la aportación de otros medios probatorios documentales que puedan tener transcendencia para el fallo. No puede por tanto acogerse una queja de indefensión cuando se da cumplimiento a las previsiones legales para el adecuado ejercicio del derecho que reconoce el art. 24 CE "*.

No prospera el primer motivo.

CUARTO.- En los siguientes motivos se alega indefensión por vulneración de las normas que rigen los actos procesales por haberse denegado el recibimiento de la prueba interesada y no practicarse diligencia final.

Para responder se hace preciso recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (*SSTC 37/2000, de 14 de febrero , 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, de 30 de junio*) sobre que la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva, *art. 24 CE* , con el derecho de defensa, afirmar que "el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso".

Se trata por tanto de un derecho no absoluto que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (*SSTC 1/1996, de 15 de enero , 246/2000, de 16 de octubre*).

No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (*SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero*).

Además es preciso que la vulneración se impute al órgano judicial pues no es admisible respecto de quienes con su pasividad o desacertada actuación procesal han contribuido a su materialización (*STC 104/2001, de 23 de abril , STC 174/2005, de 4 de julio*).

Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (*STC 141/2009, de 15 de junio , FJ 4º con cita de otras muchas*) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial (*STC 29/2008, de 20 de febrero , FJ5*). Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (*FJ 4º STC 141/2009, de 15 de junio , con cita de otras anteriores*).

Como dice la *STC 181/2009, de 23 de julio , FJ 6º con cita de otras anteriores*, la exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano " por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional".

QUINTO.- Debe recordarse que este Tribunal viene insistiendo en que cuando existe verdadera y sustancial contradicción en los hechos que determinan la imposición de una sanción se hace necesario el recibimiento a prueba (*Sentencia 15 de octubre de 2003*). Y cuando nos desenvolvemos en el ámbito de una sanción administrativa no

procede el rechazo del recibimiento a prueba, dado el tenor del *art. 60.3 LJCA (sentencia de 17 de noviembre de 2010, recurso de casación 940/2009)*.

También se ha afirmado que produce indefensión denegar la práctica de prueba de los hechos en que se basa la pretensión para luego reprochar falta de acreditación de unos extremos relevantes en el litigio cuya demostración se intentaba mediante la actividad probatoria denegada (*Sentencia de 16 de enero de 2012, recurso casación 2071/2010*).

Se constata, pues, que debe darse la oportunidad a las partes para acreditar las alegaciones en que funden sus pretensiones cuando son trascendentes para la resolución de la litis (*Sentencia de 17 de febrero de 2011, recurso de casación 2006/2009*).

Sin embargo ninguna lesión se produce ante la denegación de una prueba por superflua (*Sentencia de 18 de junio de 2008, recurso de casación 3714/2005*), o la denegación de inútiles, impertinentes, innecesarias o inidóneas, es decir las que no guarden conexión con el objeto del proceso (*Sentencia de 27 de enero de 2004*).

Tampoco cuando la parte no argumenta que la actividad probatoria no admitida o no practicada era decisiva en términos de resolución del pleito pudiendo alterar el fallo (*Sentencia de 21 de julio de 2010, rec casación 5866/2008*). O cuando una prueba admitida y no practicada no causa indefensión al exponer el Tribunal de instancia, certeramente, que cualquiera que hubiese sido el resultado de la prueba nunca podría haber sido la resolución del pleito favorable a la parte peticionaria por tratarse de facultades de la administración indisponibles (*Sentencia 26 de enero de 2010, recurso de casación 6777/2005*).

Cuando se alega conculcación del derecho de defensa por ausencia de práctica de la debidamente propuesta y admitida debe recordarse lo vertido en la *Sentencia de 17 de mayo de 2003* acerca de que el Tribunal de instancia debe evitar la indefensión de la parte que el *art. 24.1.CE* prohíbe, haciendo usos de las facultades que le otorgaba el *art. 75 LJCA* para practicar pruebas de oficio en determinados y concretos supuestos. Así "para la realización de la ya declarada pertinente subsanando la dificultad que puede surgir de la brevedad del plazo improrrogable común para la proposición y la práctica de la prueba que establecía la LJCA 1956 -en línea con lo que hoy dispone el *art. 60.4 LJCA de 1998* - según el cual se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de plazo por causas no imputables a la parte que las propuso".

Derecho de defensa que no se entiende conculcado por la mera ausencia de la práctica de la prueba admitida que constituiría una simple irregularidad y que solo alcanza relevancia constitucional cuando aquella prueba impracticada se imputa directamente al órgano judicial causando una indefensión efectiva y real. Es decir cuando el órgano jurisdiccional se ha mantenido pasivo (*SSTC 35/2001, de 12 de febrero con cita de las 217/1998 y 219/1998*).

SEXTO.- Sentada la anterior doctrina resulta pertinente exponer que en el proceso de autos la prueba fue interesada estando ya vigente la reforma de la LJCA llevada a cabo por la Ley 37/2011.

Sin embargo el escrito de interposición de la demanda fue presentado, el 20 de setiembre de 2011, es decir con anterioridad a la reforma de la Ley 37/2011.

Por ello rige la normativa anterior en que la especificación de los concretos medios de prueba pretendidos tenía lugar mediante el correspondiente escrito de proposición de prueba bastando con que en el otro sí, art. 60. 1. del escrito de demanda se mencionasen los puntos de hecho a probar, cuestión a la que hace mención el auto.

La petición de recibimiento a prueba fue denegada mediante auto de 5 de noviembre de 2013 que señala que la solicitud no cumple los requisitos del art. 60 LJCA , mas no identifica esa ausencia de requisitos.

Las exigencias del art. 60.1. LJCA en la redacción aplicable han sido respetadas por la parte demandante que señaló pretendía acreditar.

"1. Que la puntuación del ejercicio realizado por la actora en la fase A) de la oposición, sólo se le puntuó por un único miembro del tribunal;

2. Que la programación presentada por el secretario del tribunal D. Cesar, cuando superó el proceso selectivo para acceder al cuerpo en el año 2008, es exactamente igual que la presentada por la aspirante D^a Brigida;

3. La puntuación otorgada por la Inspección Educativa a la actora por la fase B).2 de la oposición;

4. Que el informe presentado por la actora en la fase B).2 es el tema desarrollado por ella en la fase A) de la oposición;

5. La relación entre los aspirantes que obtuvieron mayor puntuación con el centro educativo en el que prestan servicios docentes los miembros del tribunal".

Impugnada la denegación del recibimiento a prueba mediante el pertinente recurso de reposición resolvió la Sala confirmar el auto inicial, mas diciendo que la prueba propuesta arrojaría escasa luz en orden a la resolución del conflicto por incidir en cuestiones jurídicas.

En escrito de 5 de noviembre la recurrente había interesado la práctica de prueba documental y testifical mas no constaba hubiera sido acordado el recibimiento a prueba.

Se constata, por tanto, que la Sala procedió a denegar el recibimiento a prueba sin dar razones plausibles para luego, sin haber abierto el período de prueba, denegar la propuesta pese a que no había sido aperturado aquel período de prueba, para su oportuna proposición.

SÉPTIMO.- Si atendemos al conjunto de los motivos del recurso contencioso-administrativo en que se arguye se pretendía acreditar la relación de los aspirantes que obtuvieron mayor puntuación con el centro educativo en el que prestaban servicios docentes los miembros del tribunal, que la programación presentada por el secretario del tribunal cuando superó su proceso selectivo para acceder al cuerpo en el año 2008 era el mismo presentado por una de las candidatas seleccionadas, etc así como que la Sala rechaza el motivo de impugnación de la base 9.6. de la convocatoria por falta de prueba al solo constar la manifestación de la actora, resulta evidente procedía abrir el proceso a prueba.

No se trataba sólo de cuestiones jurídicas las discutidas en la demanda sino factuales por lo que con estimación de la pretensión subsidiaria ejercitada en segundo lugar, se acuerda reponer las actuaciones al momento de recibir a prueba el proceso en la instancia para que la parte pueda proponer y practicar la prueba pertinente en aras a la controversia ejercitada.

OCTAVO.- No hay méritos para imposición de costas, *art. 139 LJCA* .

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación deducido por la representación de doña Zaira1028/2015 contra la *sentencia desestimatoria de 17 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con sede en A Coruña, en el recurso núm. 778/2011* , deducido por aquella contra Orden de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, de fecha 27 de julio de 2011, por la que se hace pública la lista de los aspirantes seleccionados en el proceso selectivo para ingreso y acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y de Maestros y procedimiento de adquisición de nuevas especialidades por el personal funcionario de carrera de los antedichos cuerpos de la Comunidad Autónoma de Galicia convocado por Orden de 8 de abril de 2011; posteriormente ampliado contra la resolución de 24 de mayo de 2012, desestimatoria de recurso de alzada promovido contra otra, de 14 de julio de 2011, por la que se hacen públicas las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso del expresado proceso de selección, que se declara nula y sin efecto alguno.

Se acuerda reponer las actuaciones al momento de recibir a prueba el proceso en la instancia para que la parte demandante pueda proponer y practicar aquellas de las que intente valerse tras la oportuna declaración de pertinencia.

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 **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 Letrado de la Administración de Justicia, certifico.