

Roj: **STS 275/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:275**Id Cendoj: **28079130042017100020**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **18/01/2017**Nº de Recurso: **1469/2015**Nº de Resolución: **57/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1469/2015, interpuesto por don Carlos Manuel , representado por la procuradora doña Mónica de la Paloma Fente Delgado y asistido de los letrados don José María Abad Urruzola y don Juan Marrero Vizcaíno, contra la sentencia nº 123, dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso nº 653/2013 , en el que se impugnó la Orden de 29 de julio de 2013, del Consejero de la Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 19 de marzo de 2013, que inadmitió la solicitud, presentada el 21 de febrero anterior, de revisión de oficio de la resolución de 5 de junio de 2001 del Director del Instituto Vasco de la Administración Pública, por la que se hicieron públicos los acuerdos del Tribunal Calificador relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico en el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A2-Licenciados en Derecho, convocado mediante Orden de 22 de junio de 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública. Concorre causa de nulidad de pleno derecho. Infracción del derecho fundamental a acceder a la función pública apreciada por el **Tribunal Supremo** que afecta a los criterios aplicables a todos los aspirantes. Se ha personado, como recurrido, el Gobierno Vasco, representado por el procurador don Felipe Juanas Blanco y asistido de la letrada doña María Milagros Aguirre.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso nº 653/2013, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 13 de marzo de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO:

Que, desestimando el recurso 653/2013 interpuesto por D. Carlos Manuel contra la Orden de 29 de julio de 2013, del Consejero de la Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra Orden de 19 de marzo de 2013, que inadmitió solicitud, presentada el 21 de febrero de 2013, de revisión de oficio de la resolución de 5 de junio de 2001 del Director del Instituto Vasco de la Administración Pública, por la que se hicieron públicos los acuerdos del Tribunal Calificador relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico en el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A2-Licenciados en Derecho, convocado mediante Orden de 22 de junio de 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, debemos:

1º.- Declarar la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas, que por ello ratificamos, con rechazo de las pretensiones ejercitadas con la demanda.

2º.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas».

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia anunció recurso de casación don Carlos Manuel , que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 15 de abril de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Personada la procuradora doña Mónica de la Paloma Fente Delgado, en representación del recurrente, formalizó el recurso anunciado, que articuló en los siguientes motivos:

"PRIMERO.- Al amparo de la letra c) del apartado 1 del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional , por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia.

[...]

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciéndose indefensión.

[...]

TERCERO.- Al amparo de la letra d) del apartado primero del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional por infracción de las normas del ordenamiento jurídico al vulnerar, por inaplicación, el artículo 14 , 23.2 , 103.3 y 106 de la Constitución Española .

[...]

CUARTO.- Al amparo de la letra d) del apartado primero del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico por la infracción del art. 14 de la Constitución por tratar de forma desigual el acceso a la función pública.

[...]

QUINTO.- Al amparo de la letra d) del apartado primero del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional , por infracción de la doctrina jurisprudencial, sobre la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24.1 de la Constitución .

[...]

SEXTO.- Al amparo de la letra d) del apartado primero del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , por infracción del art. 218.2 , 348 LEC y Jurisprudencia en cuanto a la valoración de la prueba conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica.

[...]

SÉPTIMO.- Al amparo de la letra d) del apartado 1º del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional , con fundamento en la infracción en la sentencia recurrida de las normas del Ordenamiento Jurídico, del art. 62.1 a) de la Ley 30/92 en relación con los art. 14 y 23.2 de la Constitución .

[...]

OCTAVO.- Al amparo de la letra d) del apartado primero del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional por infracción del art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con los art. 106 y 103.1 CE por no controlar la desviación de poder en la que ha incurrido la Administración con su actuación al haber ejercitado potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico.

[...]».

Y solicitó a la Sala que

«[...] con estimación del mismo se deje sin efecto la sentencia recurrida y resolviendo los términos del debate: **1º** Se revoque y deje sin efecto la Orden de 29 de julio de 2013 del Consejero de Administración Pública y Justicia por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por Don Carlos Manuel contra la Orden, de 19 de marzo del 2013, por la que se inadmite a trámite la solicitud formulada, en nombre y representación de Carlos Manuel , por Don Enrique Lucas Murillo de la Cueva con fecha 21 de febrero de 2013 para la revisión de la Resolución de 5 de junio del 2001 del director del IVAP, por la que se hacen públicos los resultados de los acuerdos de diversos tribunales calificadoros relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico en el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A2, Licenciados en Derecho, convocado mediante Orden de 22 de junio del 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, *procediéndose a la revisión de oficio* de la Resolución de 5 de junio de 2001, del Director del IVAP, por la que se hacen públicos los resultados de los acuerdos de diversos tribunales calificadoros relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico, en lo que afecta a D. Carlos Manuel , y que, en consecuencia; **2.-** Se reconozca el derecho de DON Carlos Manuel a que se aplique la media aritmética en sus puntuaciones parciales del ejercicio práctico y se le incluya en la relación de los resultados definitivos de dicha prueba con la calificación de apto y una



puntuación de 5,625; y, **3.-** Se reconozca el derecho de D. Carlos Manuel a continuar el proceso selectivo con los efectos inherentes y consecuentes a su continuidad en el mismo y baremación que proceda de la fase de concurso, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por estos pronunciamientos y al pago de las costas procesales».

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas, por diligencia de ordenación de 6 de abril de 2016 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición. Trámite evacuado por escrito de 25 de mayo de 2016 en el que suplicó a la Sala la desestimación en su integridad del recurso, declarando, dijo, no haber lugar al recurso de casación.

**SEXTO.-** Mediante providencia de 29 de junio de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 10 de enero del corriente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

**SÉPTIMO.-** El acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016 (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016) ha establecido una nueva organización de las secciones de la Sala Tercera para acomodarla al nuevo régimen del recurso de casación. Como consecuencia de lo previsto en la regla segunda de dicho acuerdo las materias de las que conocía la anterior Sección Séptima pasan a esta nueva Sección Cuarta.

**OCTAVO.-** En la fecha acordada, 10 de enero de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso y, por razones de servicio, asumió la ponencia la Excm. Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación confirmó la actuación administrativa consistente en la inadmisión de la solicitud presentada por don Carlos Manuel de revisión de oficio de la calificación de la prueba práctica de la fase de oposición del proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco de 22 de junio de 2000 para el acceso al Cuerpo Superior Facultativo A-2 Licenciados en Derecho.

La singularidad del caso debida, al tiempo transcurrido, a las distintas actuaciones administrativas, a los procesos judiciales de signo contrario que inciden en él y, en especial, al pronunciamiento que sobre la cuestión de fondo hizo el Tribunal Supremo, obliga a exponer la secuencia de los acontecimientos relevantes.

Las pruebas selectivas en cuestión constaban de una fase de oposición, otra de conocimiento de idiomas y otra de concurso. La fase de oposición comprendía una prueba teórica y otra práctica. Esta última contaba a su vez con dos ejercicios. La base 4.1.2. no preveía su valoración separada ni el establecimiento de un mínimo a superar en cada uno de ellos. Después de realizados el 23 de febrero de 2001, el tribunal calificador acordó que la puntuación final de la prueba práctica vendría dada por la media aritmética de las obtenidas en cada uno de esos ejercicios y que debía ser de cinco puntos al menos para superarla. Además, el tribunal calificador acordó que si en uno de esos ejercicios se hubiera obtenido menos de cuatro puntos, entonces la media se reduciría a 4,90 puntos y el aspirante en cuestión quedaría eliminado. Esto es precisamente lo que le sucedió al Sr. Carlos Manuel : logró 8,95 puntos en la prueba teórica y la media aritmética de los ejercicios prácticos fue de 5,625 puntos pero, por aplicación del criterio indicado, dado que en uno de ellos no llegó a los cuatro puntos, se redujo a 4,90 puntos y quedó excluido del proceso selectivo.

Impugnó en vía administrativa la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 que hizo público el acuerdo del tribunal calificador de 31 de mayo de 2001 con la lista de calificaciones definitivas de los aprobados y de los eliminados en la prueba práctica. La Orden de 19 de septiembre de 2001 desestimó su recurso. Y la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Bilbao nº 562, de 1 de julio de 2003, hizo lo propio con su recurso contencioso-administrativo nº 2338/2001 . Preparado recurso de casación contra ella, fue declarado desierto por auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera de 12 de diciembre de 2003 .

Paralelamente, otro aspirante que se hallaba en la misma situación del Sr. Carlos Manuel , don Horacio , vió acogidas sus pretensiones por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004), que anuló la de la misma Sección Segunda de Bilbao de 20 de noviembre de 2003, y le reconoció el derecho a que se aplicara a sus puntuaciones parciales de la prueba práctica la media aritmética de 5,13 puntos y se le incluyera entre quienes la superaron y, también, le reconoció el derecho a proseguir el proceso selectivo.



Al conocer esta sentencia, el Sr. Carlos Manuel pidió que se le extendieran sus efectos pero la Dirección de la Función Pública de la Administración vasca se lo denegó. Promovió entonces incidente de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, pero el auto de 6 de octubre de 2010 de la Sala de Bilbao –confirmado en reposición por el de 12 de noviembre de 2010– declaró que no había lugar a ello pues había sido plenamente ejecutada. El auto de la Sección Primera de esta Sala de 7 de julio de 2011 inadmitió el recurso 578/2011 interpuesto contra esa decisión.

El Sr. Carlos Manuel se dirigió de nuevo a la Administración vasca el 26 de julio de 2012 pidiendo la revocación de la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 al amparo del artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La solicitud fue desestimada por Orden de 1 de octubre de 2012, confirmada en reposición por la de 22 de enero de 2013. Al resolver sobre esta petición la Administración hizo saber al interesado que el cauce escogido no era el adecuado y que para hacer valer sus pretensiones debía servirse del previsto por el artículo 102 de esa misma Ley.

Llegamos así al último estadio de la actuación administrativa, precisamente, el que va a ser objeto de recurso ante la Sala de Bilbao y respecto del cual ésta dictará la sentencia que debemos examinar. El Sr. Carlos Manuel no recurrió judicialmente la decisión plasmada en la Orden de 1 de octubre de 2012 sino que pidió la revisión de oficio de la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001. La causa de nulidad que invocaba era la advertida por la sentencia del Tribunal Supremo y, además, señalaba que la propia Administración le indicó que el camino que debía seguir era éste. Su solicitud fue inadmitida por Orden de 19 de marzo de 2013, confirmada en reposición por la de 29 de julio de 2013. La Administración justificó tal decisión diciendo, de un lado, que no podía contradecir los términos de la sentencia, ya firme, dictada por la Sala de Bilbao el 1 de julio de 2003 y, del otro, que las exigencias de seguridad jurídica y de protección a los demás aspirantes operan como límite de sus facultades revisoras.

**SEGUNDO.-** La sentencia nº 123/2015 de la Sección Segunda de la Sala de Bilbao desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Carlos Manuel contra esa última actuación administrativa.

Tras exponer con detalle las posiciones de las partes, repasa las características de la revisión de oficio tal como la contempla el artículo 102 de la Ley 30/1992 y recuerda que su finalidad es la de depurar los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos y su carácter extraordinario y que, por tanto, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atenta a las circunstancias del caso, todo ello según la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 (casación 6076/2009). Coincide, luego, con la contestación a la demanda en que la Sala no podría en ningún caso satisfacer la pretensión sustantiva, sino solamente ordenar que se siguiera el procedimiento del citado artículo 102. Aquí se apoya en la sentencia de 21 de mayo de 2009 (casación 5283/2006).

A partir de este punto recuerda los límites a la revisión de oficio según la jurisprudencia expresada en esas dos sentencias y otras más, y, en concreto, que la solicitud no se apoye en la existencia de una causa de nulidad del artículo 62.1 de la Ley 30/1992; que carezca manifiestamente de fundamento; y que se hubieran desestimado en el fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Asimismo, recoge las advertencias jurisprudenciales sobre los peligros que puede comportar una interpretación generosa de los artículos 62.1 y 102 y las que subrayan que la acción de nulidad solamente está concebida para canalizar infracciones que por su cualificada gravedad constituyan supuestos de nulidad plena.

Desde estas premisas la sentencia de instancia concluye que la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio fue conforme a Derecho. Y que la existencia de una sentencia previa y firme que rechazó el recurso del Sr. Carlos Manuel contra la resolución de 5 de junio de 2001 es razón suficiente para justificar la decisión administrativa. Dice, además, que son múltiples las sentencias de este Tribunal Supremo que ratifican la improcedencia de la revisión de oficio de actos sobre los que ha recaído un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio de la impugnación soportado en los efectos de la cosa juzgada. Cita aquí las sentencias de la Sección Séptima de 17 de diciembre de 2007 (casación 183/2004) y 7 de febrero de 2013 (casación 563/2010), así como la de la Sección Cuarta de 28 de enero de 2014 (casación 553/2012).

Y añade que, aunque

«concurra una causa de nulidad de pleno derecho, en concreto, del art. 62.1 a) de la Ley 30/92 por vulneración del derecho fundamental, en este caso del art. 23.2 de la Constitución, por haber concluido en la STS de 27 de junio de 2008 que incorrecto había sido el criterio de puntuación del Tribunal del proceso selectivo, y que como tal criterio de valoración sería extensible al conjunto de destinatarios, debemos ratificar, siguiendo la doctrina del TS, que ello no impone superar el obstáculo que apreció la Administración, que la Sala ratifica, de ser no viable la revisión de oficio para modificar una previa sentencia firme recaída en recurso interpuesto por el interesado contra la resolución cuya revisión ahora se pretende, sin que pueda oponerse a la justificación



de esa doctrina, en relación con la cosa juzgada, el que hubiera recaído con posterioridad la citada STS de 27 de junio de 2008 , al acoger el recurso de casación interpuesto por el Sr. Horacio , quien había actuado de forma paralela y conjunta con el Sr. Carlos Manuel , dado que a sede judicial se trasladó la impugnación contra Orden que había dado respuesta conjunta a los recursos de alzada interpuestos, habiendo seguido el recurso 2338/2001 por el hoy demandante, en el que recayó sentencia firme desestimatoria, a ella nos hemos referido, mientras que el Sr. Horacio , en el ámbito del recurso 2231/2001, interpuso recurso de casación en el que se llegó a recaer la STS de 27 de junio de 2008 , que es lo que finalmente desencadenó las distintas vías que ha seguido el demandante, a ellas nos referimos en el FJ 2º, para pretender que se le aplicaran los criterios de valoración que ratificó la STS, habiéndolo hecho, como veíamos, tanto en el ámbito de la ejecución de sentencia, como de la revocación del art. 105.1 de la Ley 30/92 , como, finalmente en el ámbito en el que nos encontramos, en relación con la solicitud de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho».

La sentencia explica, además, que la indicación que hizo al Sr. Carlos Manuel la Orden de 1 de octubre de 2012 de que la vía a seguir era la de la revisión de oficio no implicaba la aceptación de la procedencia de llevarla a cabo. Y, por último, dice:

«En relación con uno de los reparos fundamentales que traslada la demanda, debemos significar que porque concurra una lesión de un derecho fundamental, en concreto un supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62.1 a) de la Ley 30/92 , no excluye que se pueda declarar la inadmisión del procedimiento de revisión de oficio, lo que enlaza con lo que se viene trasladando por la demanda, cuando razona la violación del derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución en relación con el art. 14, porque no se habían aplicado al demandante los criterios de puntuación ratificados por la STS de 27 de junio de 2008 , porque de no existir el reparo que se apreció por la Administración, que la Sala debe ratificar, hubiera exigido no sólo que se le aplicara a él sino al conjunto de interesados en el procedimiento selectivo, sin perjuicio de que puedan o no entrar en aplicación los límites de la revisión que con carácter general se establece en el art. 106 de la Ley 30/92 , también en relación con la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho del art. 102».

**TERCERO** .- 1º. Un primer motivo al amparo del art. 88.1 c) LJCA . Sostiene que la sentencia es incongruente e infringe los artículos 33.1 y 67 de la LJCA porque adopta una línea argumental que no contenía la contestación a la demanda. Alega que la sentencia reconduce e innova el planteamiento de la Administración a la figura de la cosa juzgada que, sin embargo, ésta no adujo.

1.1. Lo refuta el Gobierno Vasco.

Defiende que no es incongruente pues la congruencia que debe poseer se refiere a las pretensiones de las partes y no hay duda de que la Sala de Bilbao se ha movido justamente en el espacio fijado por las posiciones del recurrente y de la Administración.

2. Un segundo también al amparo del art. 88.1.c) LJCA . Mantiene que la sentencia le ha causado indefensión vulnerando el artículo 24.1 de la C.E . por no pronunciarse sobre los fundamentos de Derecho de la demanda, tratar de la cosa juzgada sin oírle previamente al respecto, ni atender a que ni la firmeza de una resolución administrativa, ni la inadmisión formal ni el desistimiento implican fuerza de cosa juzgada. Asimismo, considera que la sentencia va más allá del debate fijado por las partes y, una vez que ha admitido que hubo una vulneración de un derecho fundamental, no razona por qué debe pervivir ese grave vicio. Subraya que la indefensión de que se queja "alcanza al hecho de que la demandada logra mantener la realidad de un acto nulo de pleno derecho generado por ella sin citar artículo o doctrina infringida".

2.1. También lo rechaza el Gobierno Vasco. Objeta que lo que en realidad pretende es reabrir un debate extemporáneo y que son múltiples las sentencias del Tribunal Supremo que ratifican la improcedencia de la revisión de oficio de actos sobre los que ha recaído un pronunciamiento jurisdiccional desestimatorio con efectos de cosa juzgada.

3. Un tercero al amparo del art. 88.1.d) LJCA afirma que la sentencia ha vulnerado, por inaplicarlos, los artículos 14 , 23.2 , 103.3 y 106 de la C.E .

Explica que no puede aplicarse a este caso singular la cosa juzgada porque la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 revocó el acto que sostenía su exclusión del proceso selectivo, la resolución de 19 de septiembre de 2001. Y que las sentencias a que se refiere la de instancia no son aplicables al caso porque consideran unos hechos diferentes. Indica, además, que la Sala de Bilbao hace una interpretación contradictoria de la revisión de oficio pues se trata de un procedimiento para depurar graves vicios de nulidad, como los que aquí se dan, que afectan al derecho fundamental del artículo 23.2 de la C.E .

Denuncia, también, la que tiene por incoherencia jurídica de la sentencia: reconoce la existencia de causa de nulidad en la actuación administrativa y su dimensión constitucional pero no extrae las consecuencias de ello, no proyecta sobre los hechos el derecho y no tiene en cuenta su dimensión constitucional ni lleva a cabo



la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales tal como exige el Tribunal Constitucional.

4. Un cuarto al amparo del art. 88.1.d) LJCA aduce que la sentencia ha infringido el artículo 14 de la C.E. pues confirma un trato desigual en el acceso a la función pública. Se refiere a que no ha tenido en cuenta que aprobaron el proceso selectivo aspirantes con una nota media inferior a la suya.

5. Un quinto denuncia la infracción del artículo 24.1 de la C.E.

Alega que siendo evidente que la actuación del tribunal calificador incurrió en causa de nulidad, la sentencia no atiende a la evolución de la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, ni a los principios de buena fe y confianza legítima, ni a que la jurisprudencia obliga a proyectar sobre los aspirantes afectados la nulidad de los criterios de corrección, ni, en fin, repara en que el Tribunal Supremo ha declarado que en este proceso selectivo se produjo la lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la C.E. Por todo ello, entiende que la sentencia se ha apartado de la efectividad de la dimensión constitucional y de la tutela judicial efectiva.

6º. Un sexto al amparo del art. 88.1.d) LJCA aduce infracción de los artículos 218.2 y 348 de la LEC y la jurisprudencia sobre la valoración de la prueba conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica. Y es que se practicó en la instancia una prueba pericial de la que nada dice.

6.1. Respecto de la prueba observa el Gobierno Vasco que tiene por objeto el establecimiento de los hechos no las cuestiones de índole jurídica y que el motivo de casación pretende extender una apreciación fáctica al ámbito de las consideraciones jurídicas. Lo rechaza, pues.

7. Un séptimo al amparo del art. 88.1.d) LJCA imputa la infracción del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 en relación con los artículos 14 y 23.2 de la C.E.

Crítica efectúa una apreciación arbitraria y no tiene en cuenta que la inaplicación en este caso de la anulación por el Tribunal Supremo del criterio inconstitucional de valoración de la prueba práctica determinó la nulidad de la actuación administrativa y debió llevar a la estimación del recurso.

7.1. Lo rechaza el Gobierno Vasco. Aduce que lo relevante es que dejó que quedaran firmes la sentencia de la Sala de Bilbao y la Orden de 1 de octubre de 2012.

8. Un octavo al amparo art. 88.1.d) LJCA reprocha la infracción del artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción en relación con los artículos 106 y 103.1 de la C.E. por no controlar la desviación de poder en la que incurrió la Administración por ejercer potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico.

Alega que la sentencia se mueve en parámetros de legalidad ordinaria cuando lo relevante es si lo legal es, además, constitucional. Critica inaplica el artículo 70.2 que impone la estimación del recurso cuando concurra cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.

**CUARTO.-** Antes de proceder al examen y resolución de los motivos de casación y de la oposición que a ellos ha hecho la Administración Vasca, es menester subrayar de nuevo las características singulares del asunto planteado en este proceso.

Tal como se desprende sin dificultad de cuanto se ha expuesto, la situación en la que se encuentra el recurrente se distingue porque pretende la corrección de una actuación administrativa de la que no hay duda de que es contraria al ordenamiento jurídico y lesiva de un derecho fundamental, tal como ha señalado la sentencia recurrida, pues el Tribunal Supremo ha apreciado la vulneración de las bases de la convocatoria con la consecuencia indicada en exactamente las mismas convocatoria, prueba y decisión del tribunal calificador a que se refiere el recurrente. Y, frente a ello, la Administración, confirmándolo la Sala de Bilbao, ha justificado la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio amparándose en una sentencia previa que se sabe con certeza que es contraria a la legalidad y lesiva del artículo 23.2.

En este contexto particular, el debate sustanciado en la instancia y ahora en casación gira en torno a los límites a los que está sujeta la revisión de oficio contemplada en el artículo 102 de la Ley 30/1992 y, en particular, a si lo constituye en este caso esa sentencia de 1 de julio de 2003 contra la que el Sr. Carlos Manuel no llegó a formalizar recurso de casación.

Según se va a explicar a continuación, la solución que debemos dar a la controversia que se nos ha sometido estará estrechamente ligada a las características singulares del caso.

**QUINTO.-** Sentada la anterior premisa y pasando ya a los motivos de casación, comenzaremos diciendo que el primero y el segundo no pueden prosperar ya que la sentencia no incurre en los defectos que le imputan.



La Sala de Bilbao no ha cambiado el debate establecido entre las partes ni ha traído al proceso elementos discursivos nuevos. La fuerza impeditiva de la sentencia de 1 de julio de 2003 ha estado presente desde el primer momento en la decisión de la Administración de inadmitir la solicitud de revisión de oficio. Es, precisamente, la razón que la justifica. Está claro en el expediente, en el proceso y así lo recuerda la sentencia. Por tanto, no se le puede reprochar ninguna incongruencia por ello.

De igual modo, no se advierte la indefensión de la que se queja el segundo motivo de casación. El recurrente no ha visto limitadas sus posibilidades de defensa. No sólo porque, según se acaba de decir, la Sala de Bilbao no introdujo sin oírle elementos o planteamientos distintos de los esgrimidos por la Administración para oponerse a la demanda, sino porque, realmente, el Sr. Carlos Manuel ha podido defenderse en la instancia, además, naturalmente de ahora en casación.

**SEXTO.-** Alterando el orden en que los ha expuesto y para facilitar el razonamiento que debemos desarrollar, diremos que tampoco cabe acoger el sexto motivo de casación.

Además, de no estar claro su objeto y de parecer que más que una infracción de fondo apunta a una de procedimiento y, por tanto, que debería haberse planteado invocando el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y no su apartado d), lo cierto es que la prueba en cuestión no era relevante para la decisión a la que la Sala de Bilbao llegó y tampoco lo es para la que debemos adoptar dado que no está en cuestión ya el trato ilegal –y lesivo de su derecho fundamental a acceder al empleo público– que padeció el Sr. Carlos Manuel .

Tampoco puede prosperar el octavo motivo porque no se aprecia un uso desviado de las potestades administrativas.

La actuación de la Administración vasca a propósito de la solicitud de revisión de oficio presentada por el Sr. Carlos Manuel va a ser, según se explicará a continuación, considerada contraria a Derecho pero no porque haya utilizado las facultades que le confiere la ley para un fin distinto del previsto por el ordenamiento jurídico sino porque ha entendido, al igual que la sentencia, que no podía llevar a cabo lo que el recurrente le estaba pidiendo a la vista de que hay una sentencia judicial firme que rechazó su pretensión. En definitiva, no cabe hablar en este caso de desviación de poder.

**SÉPTIMO.-** Los restantes motivos de casación pueden afrontarse conjuntamente pues vienen a sostener que la sentencia no ha efectuado correctamente el control judicial sobre la actuación administrativa impugnada ya que se daban los supuestos precisos para aplicar el artículo 102 de la Ley 30/1992 y no existe el límite infranqueable que se opuso a la solicitud, de manera que se ha venido a consagrar la infracción del derecho fundamental que el artículo 23.2 de la C.E . reconoce al recurrente.

Sin desconocer las características específicas de la institución de la revisión de oficio y, siendo conscientes de que esos rasgos exigen observar criterios restrictivos en su utilización, no obstante, también debe asegurarse que esa naturaleza extraordinaria que le distingue no impida hacer uso de ella en las ocasiones en que, ciertamente, se esté ante actos viciados de nulidad de pleno Derecho. Y no hay duda de que en este caso, cuya complejidad es innegable, el Sr Carlos Manuel puso de manifiesto ante la Administración vasca una situación caracterizada por la existencia de una causa de nulidad, la prevista en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 , que viciaba de ese modo el acto administrativo, configurando así el presupuesto del artículo 102.1 de ese texto legal.

Si bien la Administración, en apreciación confirmada por la sentencia de instancia, consideró que la existencia de un pronunciamiento judicial previo desestimatorio, ya firme, de la pretensión del Sr. Carlos Manuel le impedía resolver en sentido distinto, es decir, no le permitía ni siquiera admitir a trámite su solicitud, a juicio de la Sala, la solución debió ser la contraria. Abogan en favor de esta conclusión razones de mayor peso que las utilizadas por la sentencia recurrida.

Ante todo, el alcance de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004 ). Según explica en su fundamento tercero, la decisión del tribunal calificador de exigir, para superar el ejercicio práctico, además de que la media aritmética fuese superior a los cinco puntos, que las calificaciones parciales fueran, al menos, de cuatro puntos, en vez de ser el resultado de la interpretación de las bases de la convocatoria, supuso la introducción de un contenido no previsto en ellas que se traducía, además, en un requisito de eliminación también inexistente. Ello sin contar con que el acuerdo del tribunal calificador se tomó *a posteriori*, después de realizados los ejercicios y sin que los aspirantes lo hubieran podido conocer con anterioridad. O sea, con infracción de los principios de publicidad y seguridad jurídica.

En otras palabras y tal como defiende el escrito de interposición, la decisión del tribunal calificador consistió en una infracción de las bases y que supuso la alteración de uno de los criterios generales que debían observarse en el proceso selectivo. Es decir, no se trató de que se puntuaran incorrectamente los ejercicios prácticos



del aspirante o que se cometiera con él una irregularidad, sino de que se añadió una exigencia que no debió imponerse. Y ese defecto se proyecta hacia todos los aspirantes que, como el ahora recurrente, lograron una media de cinco o más puntos pero con una calificación inferior a cuatro en uno de los ejercicios.

En estas singulares circunstancias, la sentencia nº 562, de 1 de julio de 2003, no puede convertirse en obstáculo a la pretensión del Sr. Carlos Manuel.

En efecto, se limitó a señalar escuetamente que las facultades interpretativas del tribunal calificador le permitían acordar la forma de calificar el ejercicio práctico que se aplicó, que eso no supuso discriminación entre los aspirantes ya que se observó respecto de todos ellos y que tampoco significó la vulneración del principio de confianza legítima por haberse fijado ese criterio después de celebrados los ejercicios, pues, además de haberse aplicado a todos, se trataba de una exigencia razonable: solamente requería "un mínimo de conocimiento (4 puntos sobre 10) de cada caso práctico".

En cambio, tal como se ha dicho, la sentencia de la Sección Séptima de 27 de junio de 2008 (casación 1405/2004) puso de relieve la dimensión objetiva de la infracción cometida por el tribunal calificador ya que significó la imposición de un requisito inexistente en las bases a las que se sometía la convocatoria. Este diferente plano marca una importante diferencia que, unida a los matices que la jurisprudencia ha establecido para apreciar la fuerza de la cosa juzgada en supuestos excepcionales en que se pida la revisión de oficio [señalados en las sentencias de la Sección Séptima de esta Sala de 17 de mayo de 2013 (recurso 826/2011), de 22 de mayo de 2013 (recursos 799, 789, 804, 830, 851/2011) y las de 19 de julio de 2012 (recursos 775, 777, 778, 780, 781, 798, 803, 806, 807, 809, 814/2011, entre otras de esta fecha)], hace que aquél pronunciamiento no sea suficiente para impedir la solicitada por el Sr. Carlos Manuel. Todo ello se dice sin contar con que rechazar la procedencia de dicha revisión supondría dar carta de naturaleza a una infracción de esas características.

Del mismo modo, la insistente doctrina del Tribunal Constitucional [sentencias 192/2012, 124/2011, 30/2008, 26/2004, 153/2003, 138/2000, 197/1993, 85/1990, 26/1990, 81/1989, 223/1988, entre otras] que exige seguir la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, precisamente por el mayor valor que poseen, conduce a la solución que se acaba de indicar.

En fin, la misma jurisprudencia en que se apoya la sentencia de instancia para coincidir con la Administración vasca en que el recurso contencioso-administrativo solamente podría conducir a que se ordenara la incoación del procedimiento de revisión y no al acogimiento de lo que pide el Sr. Carlos Manuel acepta que el pronunciamiento judicial pueda hacerse ya sobre el fondo en supuestos en que sea clara la existencia de una causa de nulidad. Pues bien, esto es lo que sucede en este caso por las razones ya expuestas.

De otro lado, cabe indicar que esta Sala ya ha procedido a resolver directamente sobre la cuestión sustancial planteada en casos en que se habían desestimado indebidamente solicitudes de revisión de oficio y estaba comprometido el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. Así, las sentencias de la Sección Séptima de 23 de junio de 2008 (casación 6774/2005), 22 de febrero de 2007 (casación 5893 y 7190/2001), de 1 de junio de 2007 (casación 6784/2005), entre otras.

**OCTAVO.-** La consecuencia que se impone a la vista de cuanto se acaba de decir, es la de que el recurso de casación debe ser estimado, anulada la sentencia y, puestos, conforme ordena el artículo 95.2 d) LJCA, a resolver el debate en los términos en que está planteado, también se impone la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Estimación que implica la declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada y, en particular y exclusivamente en lo que concierne al recurrente, de la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública de 5 de junio de 2001 y del acuerdo del tribunal calificador de 31 de mayo de 2001.

Además, se le ha de reconocer al Sr. Carlos Manuel el derecho a que se valore la prueba práctica con la media aritmética de las calificaciones de los ejercicios de que se componía y, en consecuencia, a que se le declare apto en ella.

Asimismo, se le ha de reconocer el derecho a continuar el proceso selectivo realizando la prueba de idiomas y la fase de concurso, con todas las consecuencias correspondientes.

**NOVENO.-** A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción no hacemos imposición de costas en la instancia dada la naturaleza de la controversia y las dificultades que plantea y tampoco en el recurso de casación.

## FALLO





Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1º Que ha lugar al recurso de casación nº 1469/2015, interpuesto por don Carlos Manuel contra la sentencia nº 123, dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que anulamos. 2º Que estimamos el recurso nº 653/2013, anulamos las Órdenes de 19 de marzo y de 29 de julio de 2013 del Consejero de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco. 3º Que declaramos nula la resolución de 5 de junio de 2001 del Director del Instituto Vasco de Administración Pública por la que se hicieron públicos los acuerdos del tribunal calificador relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A-2 Licenciados en Derecho, convocado por Orden de 22 de junio de 2000 de la Consejera de Hacienda y Administración Pública únicamente en lo que concierne al recurrente. 4º Que le reconocemos el derecho a que se le aplique la media aritmética de sus puntuaciones parciales del ejercicio práctico y se le incluya en la relación de los resultados definitivos de dicha prueba con la calificación de apto y una puntuación de 5,625 puntos; y le reconocemos también el derecho a proseguir el proceso selectivo, con los efectos inherentes y consecuentes a su continuidad en el mismo. 5º En cuanto a las costas esté al último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**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 Letrada de la Administración de Justicia, certifico.