

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2017 (rec. 1553/2015)

Encabezamiento

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de septiembre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1553/2015, **interpuesto por** LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA, representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuellar y defendido por Letrado de sus servicios jurídicos, **contra** la *sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha y recaída en el recurso nº 85/2009* , que estimó en parte el recurso contencioso administrativo que interpuso la representación procesal de don Celso contra Resolución la Resolución dictada el 5 de diciembre de 2008 por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha desestimando el recurso de alzada en su día interpuesto contra la Resolución que había sido dictada el 21 de julio de 2008 de la Dirección General de Personal Docente, por la que se hacen públicas las listas del personal seleccionado en el procedimiento selectivo para el ingreso en los Cuerpos Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, y se les nombra con carácter provisional funcionarios en prácticas, convocado mediante Orden de 26 de febrero de 2008 (DOCM de 7 de marzo de 2008). **Ha sido parte demandada** DON Celso, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Monserrat Gómez Hernández, y defendido del Letrado don Ataúlfo Solís

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 85/2009, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, el 11 de marzo de 2015 se dictó sentencia* cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: << 1. Estimamos parcialmente el recurso contencioso- administrativo planteado por D. Celso. 2. Anulamos la resolución de 5 de diciembre de 2008, de la Consejera de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por la cual se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 21 de julio de 2008, de la Dirección General de Personal Docente por la que se publicaron las listas de aspirantes seleccionados en los procesos selectivos para ingreso y acceso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores y Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, convocados por resoluciones de la Consejería de 26 de febrero de 2008 y 27 de febrero de 2008, en lo relativo a las pruebas de Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, especialidad

Fotografía y Procesos de Reproducción. 3. Anulamos la actuación del tribunal calificador de las pruebas en las que participó D. Celso en lo relativo a la calificación del "Ejercicio B3". 4. Anulamos la realización de la parte de dicho Ejercicio B3 denominada "cuestionario escrito". 5. Los que fueron participantes en las pruebas, hayan sido o no parte en el presente procedimiento, previa su citación por la Administración y si a su derecho conviniera, deberán repetir la realización del citado "cuestionario escrito", con preguntas de tipo similar a las realizadas, pero no las mismas, de manera que se respete el debido anonimato en su realización y corrección. 6. Un nuevo tribunal designado al efecto por la Administración, distinto del que actuó, deberá corregir íntegramente de nuevo, y con plena libertad de criterio, el Ejercicio B3, formado por el nuevo "cuestionario escrito" y por el resto de las pruebas según constan ya realizadas por los opositores. 7. Asignadas las puntuaciones, se procederá en consecuencia. 8. No ha lugar a hacer imposición de las costas>>.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, el Letrado de la Junta de Castilla La Mancha; de otra, don Mateo, don Samuel, doña Belinda, don Luis Miguel, don Ángel y doña Genoveva, que la Sala de instancia tuvo por preparado acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada únicamente la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, formalizó el recurso anunciado que lo articula en dos motivos alegados al amparo del *artículo 88.1,d de la Ley Jurisdiccional* , suplicando que se dicte sentencia que <<case y anule la recurrida, y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y en su virtud declare que el principio de conservación de actos obliga únicamente a la valoración del cuestionario escrito inserto en el ejercicio práctico por un nuevo tribunal, sin que sea necesaria la realización de nuevo del cuestionario escrito, al no ser precisa para depurar el proceso selectivo>>.

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, la representación de la parte recurrida se opuso efectuando las alegaciones que estimó ajustadas a su derecho y terminó solicitando el dictado de una sentencia que <<desestime dicho Recurso, confirmando íntegramente la Resolución recurrida, y con expresa condena en las costas de este Recurso a la Administración recurrente>>.

QUINTO.- Mediante providencia de 22 de junio de 2017 se designó nuevo magistrado ponente y señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017.

SEXTO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 20 de septiembre siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en este recurso la *sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha* y

recaída en el recurso nº 85/2009 , que estimó en parte el recurso contencioso administrativo que interpuso la representación procesal de don Celso contra Resolución la Resolución dictada el 5 de diciembre de 2008 por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha desestimando el recurso de alzada en su día interpuesto contra la Resolución que había sido dictada el 21 de julio de 2008 de la Dirección General de Personal Docente, por la que se hacen públicas las listas del personal seleccionado en el procedimiento selectivo para el ingreso en los Cuerpos Maestros de Taller de Artes Plásticas y Diseño, y se les nombra con carácter provisional funcionarios en prácticas, convocado mediante Orden de 26 de febrero de 2008 (DOCM de 7 de marzo de 2008).

La sentencia, además de anular los actos impugnados por no salvaguardar la administración el anonimato de los aspirantes que venía impuesto por la Base 25.2 de la convocatoria en la realización del "cuestionario teórico" englobado en el ejercicio práctico B.3 descrito en la Base 26.1.2.4, en relación con el Anexo III, acuerda lo siguiente:

<< **3-** *Anulamos la actuación del tribunal calificador de las pruebas en las que participó D. Celso en lo relativo a la calificación del "Ejercicio B3".*

4- *Anulamos la realización de la parte de dicho Ejercicio B3 denominada "cuestionario escrito".*

5- *Los que fueron participantes en las pruebas, hayan sido o no parte en el presente procedimiento, previa su citación por la Administración y si a su derecho conviniera, deberán repetir la realización del citado "cuestionario escrito", con preguntas de tipo similar a las realizadas, pero no las mismas, de manera que se respete el debido anonimato en su realización y corrección.*

6- *Un nuevo tribunal designado al efecto por la Administración, distinto del que actuó, deberá corregir íntegramente de nuevo, y con plena libertad de criterio, el Ejercicio B3, formado por el nuevo "cuestionario escrito" y por el resto de las pruebas según constan ya realizadas por los opositores.*

7- *Asignadas las puntuaciones, se procederá en consecuencia.. >>.*

25.2- En aquellos ejercicios escritos en los que no se requiera la exposición oral por el candidato o lectura ante el Tribunal, deberá garantizarse el anonimato de los aspirantes.

26.1.2.4.- Ejercicio B.3).- En todas las especialidades se realizará un ejercicio práctico consistente en la realización de una serie de ejercicios que permitan comprobar que los candidatos poseen una formación científica y un dominio de las técnicas de trabajo precisas para impartir las áreas, materias o módulos propios de la especialidad a la que opten. Las características que deberá reunir esta prueba práctica se recogen en el Anexo III, de esta convocatoria.

El tiempo asignado para la realización de este ejercicio práctico será establecido por los Tribunales en la convocatoria a los opositores.

SEGUNDO .- En el recurso, donde no se cuestiona el pronunciamiento anulatorio, se ataca el alcance dado a ese pronunciamiento y para ello se alegan dos motivos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, consistentes en que la sentencia resulta contraria al principio de conservación de actos administrativos previsto en los *artículos 65 y 66 de la entonces vigente Ley 30/1992* y a la jurisprudencia que lo interpreta y aplica.

Se afirma que la Sala territorial, en lugar de acordar la nueva corrección de la prueba de "cuestionario teórico" realizado de forma viciada y la consiguiente valoración del ejercicio B3 en su conjunto, ordena la repetición de aquella prueba por todos los aspirantes que participaron en el proceso de ingreso y que por un nuevo tribunal se proceda a la valoración de todo el ejercicio práctico B3 pero imponiéndole la obligación de individualizar las puntuaciones de los distintos apartados que englobaba dicho ejercicio práctico B.3. De esta forma, se mantiene que la citada Sala, apartándose de lo que acordó en otro recurso (56/2009) que fue votado y fallado conjuntamente con el que ha dado origen a este recurso de casación y en el que únicamente dispuso la nueva corrección del "cuestionario escrito", se excede en lo que era estrictamente necesario para sanar las irregularidades detectadas en el procedimiento de ingreso en la función pública y que conlleva un claro perjuicio para los opositores pues se ven compelidos a la repetición de la prueba siete años después de su realización.

Lo que está en juego, en definitiva, es si la voluntad sanadora de la Sala territorial podría lograrse simplemente con la nueva corrección de "cuestionario teórico" y del ejercicio práctico B3 en su totalidad y en la forma en que se había realizado.

TERCERO .- La decisión que se impugna está argumentada en el fundamento jurídico octavo de la sentencia de la siguiente manera:

<<... Ahora bien, el cuestionario escrito, prueba de inserción ciertamente llamativa en el seno de una prueba práctica, es un ejercicio escrito respecto del que no hay razón de ninguna clase para no preservar el anonimato. Resulta imposible averiguar por qué el Tribunal hizo incluir a los opositores sus nombres y apellidos en el cuestionario escrito, por su contenido completamente separable y separado del proyecto ejecutado, y que debía haber sido entregado y corregido con garantía plena de anonimato en aplicación, ahora ya ineludible, de la base. En cuanto a este cuestionario, se vulneró la base 25.2 de la convocatoria .

Así pues, no hay más remedio que declarar que este cuestionario deberá ser repetido por todos los que participaron en las pruebas que consideren oportuno concurrir de nuevo previa citación. Y deberá realizarse y corregirse con garantía de anonimato. Su contenido habrá de consistir en preguntas de la misma clase, aunque

diferentes, a las que constituyeron el cuestionario original.

Dado que el cuestionario fue corregido y valorado dentro de la nota conjunta del ejercicio práctico B3, sin diferenciación, resulta imposible saber en qué proporción fue tenido en cuenta, lo cual provoca que no baste con repetir este cuestionario, con garantía de anonimato, sino que al mismo tiempo obliga a que se vuelva a valorar todo el ejercicio práctico (aunque no hay que repetir más que el cuestionario), pues no es posible saber en qué forma el cuestionario influyó en la nota global de dicho ejercicio.

Naturalmente esto implicará a su vez la siguiente consecuencia: dado que ahora, por exigencias del anonimato de este cuestionario escrito, habrá que corregirlo separadamente, y sin posibilidad de valorarlo a tanto alzado con el resto del ejercicio práctico, será preciso que previamente se asigne el porcentaje de puntuación que el mismo va a suponer dentro de la valoración global del ejercicio práctico, para, una vez determinadas las identidades tras la asignación de nota al cuestionario, combinarla con la valoración del resto de ejercicio hasta alcanzar la nota entre 0 y 10 del ejercicio B3 prevista por las bases.

La nueva valoración deberá ser llevada a cabo por un Tribunal distinto del que la realizó anteriormente, designado ad hoc por la Administración con los requisitos derivados de las bases y control en ejecución de sentencia.

En virtud del principio de conservación de actos (art. 65 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Procedimiento Administrativo) no es necesario repetir el resto de ejercicios, ni tampoco el ejercicio práctico salvo en lo relativo al cuestionario; pero sí es preciso repetir el cuestionario con garantía de anonimato y volver a valorar íntegro el ejercicio práctico, pues, como se ha dicho, la valoración conjunta que se hizo de los distintos aspectos del práctico (la memoria, el proyecto mismo y el cuestionario) no permiten otra solución.. >>.

En definitiva, la Sala territorial considera en primer lugar que en la práctica y corrección del cuestionario escrito debió preservarse el anonimato de los aspirantes porque la Base 25.2 de la convocatoria establecía que << *En aquellos ejercicios escritos en los que no se requiera la exposición oral por el candidato o lectura ante el Tribunal, deberá garantizarse el anonimato de los aspirantes* >>. La sentencia dice que << *no hay más remedio que declarar que este cuestionario deberá ser repetido por todos los que participaron en las pruebas que consideren oportuno concurrir de nuevo previa citación*>>

CUARTO .- Llama poderosamente la atención que la Sala territorial, aunque invoca el principio de conservación de actos para apoyar su decisión, no justifica cuál es el motivo concreto por el que la prueba consistente en responder el "cuestionario escrito" no pudiera ser nuevamente corregida con garantías de anonimato, incluso arbitrando medidas tendentes a asegurarlo y, por el contrario, acuerda directamente su nueva realización cuando era evidente que esa decisión representaba un menor

efecto negativo tanto para el devenir del conjunto del proceso de ingreso como para quienes participaron en él obteniendo plaza.

Desde esta premisa ha de llegarse a la estimación del recurso. Partiendo de que el principio de conservación de actos o trámites lo que determina es el mantenimiento del acto si su anulación no hubiera modificado su contenido, y trasladada esta idea al ámbito del proceso selectivo afectado por la sentencia, resulta evidente, y no hay datos objetivos que permitan afirmar lo contrario, que el contenido de la prueba del "cuestionario escrito" no se ve afectado por el hecho de que los aspirantes hicieran constar los datos que permitían su identificación, máxime cuando la forma de realización fue la misma para todos los aspirantes. Por ello, ordenar su repetición no añade una garantía mayor. Lo importante de cara al respeto de la Base 25.2 -anonimato- es que la corrección del ejercicio se lleve a cabo con observancia plena de esa garantía y la igualdad de los aspirantes. En definitiva, para sanar el vicio apreciado resulta suficiente con que el cuestionario se corrija de nuevo, tal como fue realizado en su momento, pero garantizando el anonimato de los autores de los ejercicios de cara a su nueva corrección.

QUINTO .- Llegados a este punto debemos analizar si fue o no correcta, desde el mismo punto de vista, la decisión de que se proceda a la valoración de todo el ejercicio práctico B3, imponiéndole la obligación de individualizar las puntuaciones de los distintos apartados que englobaba.

Y siguiendo la misma pauta trazada en el anterior fundamento de derecho debemos llegar aquí, por el contrario, a rechazar la tesis de la parte recurrente pues la salvaguarda de la integridad del proceso selectivo impone la decisión adoptada por la Sala territorial en cuanto a la forma de corrección y valoración de todo el ejercicio práctico B3.

La declaración de que se proceda nueva corrección del cuestionario teórico, que es el efecto de lo hasta ahora razonado, conlleva ciertas consecuencias inevitables que derivan de ella y que afectan a varios aspectos:

(1) a que la valoración del cuestionario teórico sea efectuada por tribunal diferente al que realizó la valoración en su día, pronunciamiento ya realizado en la sentencia impugnada y que no es atacado en este recurso;

(2) a que tras ello deba procederse a la valoración total del ejercicio práctico B3, en el que aquél está englobado, extremo también acordado y no atacado;

(3) a que esta nueva valoración conjunta deba efectuarse con las garantías fijadas en la sentencia y ahora atacadas. Efectivamente, dado que el "cuestionario escrito" fue corregido y valorado dentro de la nota conjunta del ejercicio práctico B3 (de 0 a 10 puntos), sin diferenciación, resulta imposible saber en qué proporción fue tenido en cuenta, lo cual provoca que no baste con repetir la corrección de este cuestionario, con garantía de anonimato, sino que resulta indispensable que tal

cuestionario escrito deba de ser corregido separadamente, sin posibilidad de valorarlo a tanto alzado con el resto del ejercicio práctico. Por ello, será preciso que previamente el nuevo tribunal actuante asigne el porcentaje de puntuación que el cuestionario va a suponer dentro de la valoración global del ejercicio práctico, para, una vez determinadas las identidades de sus autores tras la asignación de nota al cuestionario, combinarla con la valoración del resto del ejercicio hasta alcanzar la nota entre 0 y 10 del ejercicio B3 prevista por las bases (Base 27.2).

Esta es la razón por la que esta parte del recurso debe ser rechazada.

SEXTO . El pronunciamiento estimatorio parcial del recurso por infracción de los *artículo 65 y 66 de la Ley 30/1992* vigente a la fecha de los hechos y la consiguiente concurrencia del motivo de casación invocado al amparo del *artículo 88.1,c) de la Ley jurisdiccional* , impone que a tenor del *artículo 95.2,d) de ésta Ley* debamos acordar la revocación parcial de la sentencia.

Así, manteniendo el pronunciamiento anulatorio de los actos administrativos impugnados, dejamos sin efecto lo acordado en cuanto a la decisión de anular la realización de la parte de dicho Ejercicio B3, denominada "cuestionario escrito", y de la repetición de dicha prueba, acordando en su lugar que deberá procederse a la nueva corrección del "cuestionario escrito" tal como fue realizado en su momento, pero garantizando el anonimato de los autores de los ejercicios, tarea que compete a la administración convocante de la prueba de ingreso, que deberá adoptar las medidas precisas para atribuirles el debido anonimato mediante la ocultación de los nombres y asignación de código que permita al tribunal su identificación ulterior tras la corrección. Y ello confirmando el resto de lo acordado por la sentencia impugnada.

Finalmente y atendiendo al reiterado criterio de esta Sala, la anterior tarea y la conclusión del proceso selectivo deberá tomar en consideración que con ello no deberá resultar afectado el derecho de los aspirantes que en su día superaron el proceso de ingreso pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso. Así, en sentencia dictada por esta misma sección cuarta el día 16 de enero de 2017 (recurso de casación nº 1367/2015) dijimos: "*Pues bien, en tales supuestos la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de preservar tales derechos por razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de por consideraciones de equidad [sentencias nº 991/2016, de 4 de mayo (casación 3221/2014) , 29 de junio de 2015 (casación nº 438/2014) y las que se citan en ellas].*".

SÉPTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la LJCA* , al estimarse en parte el recurso no se hace imposición de las costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la

Constitución, esta Sala ha decidido 1º.- **ESTIMAR EN PARTE** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la *sentencia dictada el 11 de marzo de 2015 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y recaída en el recurso nº 85/2009* . 2º.- **REVOCAR EN PARTE** dicha sentencia en cuanto ordena la realización de la parte de dicho Ejercicio B3, denominada "cuestionario escrito", y la repetición de dicha prueba, acordando en su lugar que deberá procederse a la nueva corrección del "cuestionario escrito" con repetición de dicha prueba, acordando en su lugar que deberá procederse en la forma indicada en el fundamento de derecho sexto. Y ello confirmando el resto de lo acordado por la sentencia impugnada. 3º.- **NO HACER** imposición de costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a María del Pilar Teso Gamella D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo D. Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico