

**Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2022
(rec.2145/2021)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.328/2022

Fecha de sentencia: 18/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2145/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 2145/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1328/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 18 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2145/2021, interpuesto por don Rubén, representado por la procuradora doña Elena Ramírez Gómez y defendido por el letrado don Juan Antonio Romero Campano, contra la *sentencia n.º 967/2020, de 29 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Málaga, en el recurso de apelación n.º 786/2019* interpuesto, a su vez, contra la *sentencia n.º 332, dictada el 16 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Málaga en autos n.º 407/2016*.

Se ha personado, como recurrida, la Diputación Provincial de Málaga, representada y asistida por la Letrada de dicha Diputación doña María Concepción Serrano Luque.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación n.º 786/2019, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Málaga, el 29 de junio de 2020 se dictó la sentencia n.º 967*, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a Elena Ramírez Gómez, y estimando la adhesión al recurso de la letrada D^a Concepción Serrano Luque, ambas, en nombre y representación indicados, contra la *sentencia dictada el 16 de Noviembre de 2018, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 7 de Málaga, en autos n.º 407/2016*, la revocamos y en consecuencia, desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto, condenando a la parte demandante al pago de las costas procesales causadas en la instancia; en cuanto a las causadas en el recurso de apelación, se condena a la parte apelante a las causadas por su recurso, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas por la parte adherida al mismo, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación".

Solicitados aclaración y corrección, subsanación y complemento de la referida sentencia, por auto de 9 de noviembre de 2020 se denegó lo interesado.

SEGUNDO.- Notificadas a las partes las referidas resoluciones, la representante procesal de don Rubén preparó recurso de casación contra la referida sentencia, que *la Sala de Málaga tuvo por preparado por auto de 15 de marzo de 2021*, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas, se tuvo por personados a la procuradora doña Elena

Ramírez Gómez, en representación de don Rubén, como parte recurrente, y a la Letrada de la Diputación Provincial de Málaga, en nombre y representación de dicha Diputación, como recurrida.

No se ha personado el codemandado don Rosendo, emplazado en forma.

CUARTO.- Sometida a la deliberación de la Sala la resolución sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, por auto de 3 de marzo de 2022, la Sección Primera acordó:

" **Primero.-** La admisión a trámite del recurso de casación preparado por la representación procesal de don Rubén contra la *sentencia, de fecha 29 de junio de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, con sede en Málaga, en recurso de apelación 786/2019* .

Segundo- La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es aclarar, matizar, reforzar -o, eventualmente, corregir o rectificar- la doctrina sobre la posibilidad de la impugnación **indirecta** de las bases de una convocatoria para cubrir determinadas plazas correspondientes a la oferta de empleo público.

Tercero.- A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los *artículos 23 , 24 , 103 y 120 de la Constitución* , todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Cuarto.- Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman".

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 10 de marzo de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta, para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

SEXTO.- Por escrito de 28 de marzo de 2022, la procuradora doña Elena Ramírez Gómez, en representación de don Rubén, interpuso el recurso anunciado en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia infringidas y suplicó a la Sala que, previos los trámites procesales procedentes, en su día se dicte sentencia por la que:

"1º) Con estimación del presente recurso de casación, se anule la *sentencia 967/2020 de fecha 29/06/2020, dictada por Sala de lo Contencioso-Administrativo*

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda , con sede en Málaga por los motivos invocados.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y de la anulación de la sentencia impugnada, se acuerde y ordene la retroacción de las actuaciones procesales al momento correspondiente al trámite en el que se cometió la irregularidad denunciada, concretamente, al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, con sede en Málaga; y una vez evacuado el trámite en debida forma, con observancia de lo declarado por el Tribunal Supremo, prosiga la tramitación del recurso de apelación para el dictado de nueva sentencia, con estricto cumplimiento y observancia del Ordenamiento Jurídico".

Por primer otrosí, dijo que no interesa la celebración de vista.

SÉPTIMO.- La Letrada de la Diputación Provincial de Málaga, evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2022, se opuso al recurso formulado de contrario, solicitando que, previos los trámites oportunos, se desestime el mismo, confirmando la *sentencia n.º 967/2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Málaga , "con expresa condena en costas a la parte recurrente"*.

OCTAVO.- De conformidad con lo previsto en el *artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción* , atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista y pública.

NOVENO.- Mediante providencia de 18 de julio de 2022 se señaló para la votación y fallo el día 11 de octubre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

DÉCIMO.- En la fecha acordada, 11 de octubre de 2022, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

Este recurso de casación se dirige, tal como se ha indicado en los antecedentes, contra la *sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Málaga n.º 967/2020, de 29 de junio, que desestimó el recurso de apelación n.º 786/2019 de don Rubén, personal laboral de la Diputación Provincial de Málaga, contra la sentencia n.º 332/2018, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de los de Málaga, desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo n.º 407/2016* .

Conviene recordar qué es lo que se discutió en la instancia a fin de situar la controversia que se nos somete en su contexto.

El Sr. Rubén participó en el proceso selectivo convocado por la Diputación Provincial de Málaga para la consolidación del empleo temporal y, en particular, para proveer cinco plazas de guarda en el marco de la Oferta de Empleo Público de 2006. No fue incluido en la relación de los propuestos para la provisión de esas plazas funcionariales porque, si bien su puntuación fue la quinta más alta, una de las plazas

convocadas se destinó al turno de discapacitados de manera que no fue propuesto para su nombramiento como funcionario.

En concreto, el Sr. Rubén obtuvo 107,45 puntos. De ellos 22,45 puntos por méritos, de los cuales 17,45 puntos lo fueron por experiencia. Dos de los aspirantes propuestos, aquellos cuya calificación discute el Sr. Rubén, obtuvieron respectivamente 126,13 puntos y 109,21 puntos, logrando la puntuación máxima de 40 puntos por experiencia profesional. Los servicios de estos últimos se valoraron a razón de 0,24 puntos por mes completo, mientras que los del Sr. Rubén se valoraron a razón de 0,12 puntos por mes completo. El tribunal calificador obró así porque, según el apartado 3.4 A) b) de las Bases Generales de la convocatoria, al que se remitía el apartado 3.2 b) de las Bases Específicas, ninguna de ellas impugnada por el actor, la experiencia habida en puestos de trabajo objeto de la convocatoria se valoraba el doble (0,24 puntos por mes completo de servicio) que la adquirida en plazas objeto de la convocatoria (0,12 puntos por mes completo de servicio). Y los puestos de los recurridos sí figuraban en ella, pero no el del Sr. Rubén.

La Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Málaga mediante su acuerdo de 20 de enero de 2016 rechazó la reclamación del Sr. Rubén contra la actuación del tribunal calificador. Y el decreto n.º 478/2016, de 7 de marzo de la Presidencia de la corporación provincial desestimó el recurso de reposición del Sr. Rubén contra aquél acuerdo.

Su demanda pedía la declaración de nulidad del apartado 3.4 A) b) de las Bases Generales y del apartado 3.2 b) de las Específicas por contemplar una puntuación doble de la experiencia profesional en puesto de trabajo relacionado con la plaza objeto de convocatoria. Asimismo, instaba la declaración del derecho del Sr. Rubén a que se le valoren sus servicios con 0,24 puntos por cada mes en el que se le ha reconocido el desempeño de funciones de guarda o, subsidiariamente, la declaración de que a todos los candidatos se les valoren los servicios a 0,12 puntos por mes trabajado. Por último, pedía que, como consecuencia, se condenara a la Diputación Provincial de Málaga a corregir la puntuación total que se le dio y a colocarle en la relación de aprobados con el número de orden correspondiente a la nueva puntuación, así como a corregir la de los candidatos y a colocarlos en la relación de aprobados con el número de orden resultante de la nueva puntuación, nombrándole funcionario según el puesto que obtuviere.

La sentencia del Juzgado rechazó las pretensiones del Sr. Rubén para quien las bases mencionadas eran contrarias al principio de igualdad en el acceso al empleo público y, además, sostenía que los dos aspirantes que vieron puntuados sus servicios el doble que los suyos no venían realizando tareas de guarda pues sus plazas habían sido amortizadas en 2002. Antes de llegar a su fallo el juez de instancia explicó que no se daba la desviación procesal alegada por los recurridos --reprochaban a la demanda discutir las bases de la convocatoria-- pues ya en su reposición las había cuestionado el Sr. Rubén, y --añadió-- cabe su impugnación **indirecta** en los términos indicados por la jurisprudencia. No obstante, rechazó que en este caso las bases hicieran ilusorio el derecho de los demás aspirantes al acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad porque el proceso selectivo era abierto, el sistema selectivo --concurso-oposición-- implicaba que solamente pasarían al concurso quienes superasen la oposición, por experiencia no se podían obtener más de 40 puntos sobre un total de 100 puntos y también se valoraba la formación con hasta 5 puntos.

Y recordó que el Tribunal Constitucional ha considerado legítima la

consolidación del empleo temporal siempre que la valoración cuantitativa no sea desproporcionada, lo cual no apreció el juzgador en este caso. Después precisó que el recurrente no había probado estar adscrito o vinculado a alguna de las plazas objeto de la convocatoria mientras que sobre los dos recurridos cuya puntuación impugna la demanda dijo:

"lo determinante es que tanto don (...) como doña (...) fueron contratados por la Diputación Provincial de Málaga para ocupar en régimen laboral sendas plazas de "guarda jardinero" y "guarda"; y aunque ambas plazas fueron amortizadas por acuerdo del Pleno de la Diputación de 9 de abril de 2002, que también creó sendas plazas de guarda en régimen funcional en los mismos centros, la misma resolución del Pleno dispuso que "(...) el personal contratado para las plazas laborales amortizadas continuaría prestando sus servicios hasta la toma de posesión del personal que haya superado la Oferta de Empleo Público (...)", es decir que, con independencia de las tareas que les hayan sido asignadas, continuaban ligados o vinculados a las plazas para las que fueron contratados inicialmente, lo que justifica la aplicación del apartado 3.2 b de las Bases Específicas ["(...) Aquellos otros que, con cualquier otra denominación, estén o hayan estado vinculados a una plaza de guarda (...)]" y , por remisión de ésta, de su baremación conforme al apartado 3.4 A.b), esto es, a 0,24 puntos/mes".

Por su parte, la sentencia de apelación acoge la idea de que, no siendo las bases una disposición general, una vez consentidas, no cabe su impugnación posterior. Por eso, si bien desestima la del Sr. Rubén, acoge la pretensión de la Diputación Provincial de Málaga que, adhiriéndose a la apelación, pidió que se apreciara desviación procesal.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Según se ha visto en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de 3 de marzo de 2022 que ha admitido a trámite este recurso ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en:

"aclarar, matizar, reforzar -o, eventualmente, corregir o rectificar- la doctrina sobre la posibilidad de la impugnación **indirecta** de las bases de una convocatoria para cubrir determinadas plazas correspondientes a la oferta de empleo público".

En sus razonamientos explica que la de la recurribilidad de las bases de la convocatoria es una cuestión generalizable a una pluralidad de supuestos en el ámbito de la función pública. Y que las *sentencias de 4 de octubre de 2021 (casación n.º 351/2020)* y *de 10 de junio de 2019 (casación n.º 5010/2017)* señalan que la falta de impugnación de las bases no es obstáculo para combatirlas a través de los actos que las aplican cuando comportan, como en este caso se alega, la vulneración de un derecho fundamental.

Los preceptos que nos pide que interpretemos a la hora de responder a la cuestión son los *artículos 23 , 24 , 103 y 120 de la Constitución .*

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de don Rubén.

Comienza exponiendo los antecedentes que entiende necesarios para encuadrar su pretensión y su argumentación. Así, precisa que se propuso ya desde la vía administrativa impugnar las bases por entender que son contrarias a los *artículos 14 y 23.2 en relación con el artículo 103.2 de la Constitución* y que también se han infringido los artículos 24.2 y 9.3, siempre del texto fundamental.

Indica, después, que la convocatoria del proceso selectivo para proveer cinco plazas de guarda a ser consolidadas en una plantilla de 9 plazas de guarda tuvo lugar el 14 de febrero de 2006, que las Bases Generales se aprobaron el 8 de julio de 2008 y las Específicas el 30 de septiembre de 2014. Apunta que el acuerdo de convocatoria señalaba que se valorarían los servicios prestados adecuados a las funciones objeto de la misma y recoge lo dispuesto por el apartado 3.4 A) b) de las Bases Generales sobre la valoración mensual según los servicios fueran en plazas (0,12 puntos) o puesto de trabajo (0,24 puntos) objeto de la convocatoria, para resaltar que las Bases Específicas modificaron las Generales porque desvinculan la experiencia profesional del puesto de trabajo convocado dando 0,24 puntos por mes a los servicios en puestos que estén o hayan estado vinculados a una plaza de guarda.

Esta modificación, sigue diciendo, tenía como únicos beneficiarios a los candidatos seleccionados en los puestos tercero y cuarto pues se les valoraron sus servicios a razón de 0,24 puntos por mes, pese a que no ocupaban plaza de guarda sino de jardinero uno, y de oficial de servicios internos o conserje la otra.

A partir de aquí nos dice el escrito de interposición que el único motivo que nos somete es el de la infracción de la Constitución y de la jurisprudencia respecto a la posibilidad de impugnar las bases de convocatorias de ofertas de empleo público a través de los actos que las aplican cuando esas bases infringen un derecho fundamental. Cita en este punto *nuestras sentencias de 25 de abril de 2012 (casación n.º 7091/2010), de 16 de enero de 2012 (casación n.º 4523/2009), de 22 de enero de 2009 (casación n.º 2596/2005), además de las citadas en el auto de admisión y las de 4 de octubre de 2021 (casación n.º 351/2020) y 10 de julio de 2019 (casación n.º 5010/2017)*.

Desde estas premisas mantiene que la interpretación seguida por la sentencia de apelación es contraria al derecho fundamental invocado y a la jurisprudencia consolidada que admite el enjuiciamiento de las bases no impugnadas en su momento si infringen el derecho fundamental a acceder al empleo público en condiciones de igualdad. Cuando, como aquí sucede, entrañan esa vulneración, incurrir en nulidad de pleno Derecho.

B) El escrito de oposición de la Letrada de la Diputación Provincial de Málaga.

En los antecedentes que expone relata el proceso de la convocatoria y de la aprobación de las bases por las que se rigió. Precisa que las plazas de guarda controvertidas pertenecen al grupo de clasificación E y que estaban encuadradas en la Escala de Administración General, Subescala Subalterna.

Apunta que, conforme a la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, el contenido de las pruebas de los procesos selectivos de consolidación del empleo temporal guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. Recoge, seguidamente, diversos apartados de las Bases Generales, entre ellos el 3.4 A) b) y afirma que el tribunal calificador se limitó a cumplirlas.

Considera el escrito de oposición que el recurrente parte de una premisa errónea y, por eso, llega a una conclusión equivocada. El error consiste en no diferenciar entre plaza y puesto de trabajo. El Sr. Rubén, dice, ocupaba plaza de guarda pero su puesto de trabajo no era uno de los incluidos en la convocatoria mientras que sí lo estaban los de los dos recurridos cuya selección impugna. Sobre ellos dice que fueron contratados laboralmente como guardas en 1993 y en 1996, respectivamente. Y que, si bien sus plazas fueron amortizadas posteriormente, se crearon en su lugar otras dos de funcionario a las que quedaron vinculados y sus puestos de trabajo estaban incluidos en la convocatoria. Añade que no se ha probado por el Sr. Rubén que las funciones por él desempeñadas fueran idénticas a las de los puestos de trabajo vinculados a las plazas convocadas.

Por todo ello, considera que debe rechazarse de plano la posibilidad de impugnación **indirecta** de las bases ya que no se produce el elemento determinante de que impliquen una vulneración de derechos fundamentales que haya afectado al recurrente.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación, del recurso de apelación y del contencioso-administrativo.*

El recurso de casación debe ser estimado ya que, en contra de lo que mantiene la sentencia impugnada, cabe cuestionar las bases que rigen el proceso selectivo, pese a no haber sido impugnadas en su momento, cuando son objeto de aplicación si esa aplicación es susceptible de entrañar la infracción de un derecho fundamental por causa de lo previsto en ellas.

Así resulta de la jurisprudencia expresada en las sentencias alegadas por el escrito de interposición y en las que alude el auto de admisión por lo que no es preciso añadir nada más ahora, ya que la Sala no advierte razones para modificarla, ni considera que sea precisa aclaración o matización alguna.

Sí ve menester explicar que, en contra de lo que sostiene el escrito de oposición, se da en este caso el presupuesto para examinar la conformidad a Derecho de las bases, en particular de la valoración doble de los servicios prestados en plazas de guarda en función de la distinción efectuada por el apartado 3.4 A) b) de las Generales y de lo previsto en el apartado 3.2 b) de las Específicas.

Se debe recordar que la sentencia de instancia dejó establecido que el Sr. Rubén prestó servicios en la categoría de guarda aunque no en puestos de trabajo vinculados a plazas convocadas. Igualmente, constató que los dos recurridos cuya puntuación combate el recurrente vieron amortizadas las plazas de contratados laborales como guardas pero que, al quedar vinculados a ellas en tanto tomaran posesión quienes superaran el proceso selectivo, se les aplicaría el apartado 3.2 b) de las bases específicas, que prevé la valoración de los servicios a razón de 0,24 puntos por mes completo en puestos que "con cualquier denominación, estén o hayan estado vinculados a una plaza de guarda".

Es decir, siempre según la sentencia de instancia, las bases permiten que quien consta que ha desempeñado funciones de guarda, reciba menos puntuación por experiencia profesional precisamente en esa materia que quienes pueden haberlas desempeñado o no siempre que estén vinculados a puestos incluidos en la convocatoria.

Ni la sentencia de instancia ni la de apelación ponen reparo alguno a ese resultado. La primera porque entiende que en el conjunto del sistema del concurso-oposición no es desproporcionada la diferencia que así se obtiene. Ahora bien, no tiene en cuenta, de un lado, que dicha diferencia puede suponer que tengan ventaja decisiva quienes no consta que hayan ejercido las funciones de las plazas convocadas frente a quien sí las ha probado y, de otro, que, aun ejerciendo todos los aspirantes las funciones de guarda, el hecho de desempeñarlas en puestos incluidos en la convocatoria da una ventaja determinante. La sentencia del Juzgado ninguna consideración hace sobre estos extremos y la de apelación, ni siquiera entra en la cuestión.

La convocatoria, sin embargo, como resalta el escrito de interposición, sitúa la valoración de los méritos de la fase de concurso en los servicios prestados en la Administración Pública adecuados a las funciones objeto de la convocatoria. O sea, en este caso, las de guarda.

Y, sentado este punto de partida, se trata de saber si está justificado o no, supuesto el ejercicio de las mismas funciones por todos los aspirantes --cosa que, como hemos visto, cuestiona el recurrente respecto de los que vieron amortizadas sus plazas y nos dice que ejercieron cometidos de jardinero y de conserje-- que el desempeño del puesto de trabajo incluido en la convocatoria deba implicar, por esa sola circunstancia, una valoración doble respecto de la que recibe el desempeño de otro con el mismo contenido funcional pero no incluido en la convocatoria.

Ninguna razón se ha dado por la Diputación Provincial de Málaga para justificar tal disparidad establecida en las bases. Tampoco puede deducirse del conjunto del expediente y de las actuaciones el motivo por el que el mismo trabajo deba valorarse de tan diferente manera cuando de lo que se trata es de apreciar la experiencia, o sea los servicios prestados. A falta de la imprescindible explicación e, insistimos, aun dando por cierto que, además del recurrente, los dos recurridos que vieron amortizadas sus plazas, ejercieron continuadamente funciones de guarda, debemos concluir que el distinto trato dado a uno y a otros carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, incurre en la vulneración del *artículo 23.2 de la Constitución* y, en relación con él, de su artículo 103.3.

Por tanto, debemos anular la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Málaga y, atendiendo a la pretensión principal del recurrente en este litigio, debemos estimar el recurso de apelación del Sr. Rubén, anular también la sentencia del Juzgado y estimar el recurso contencioso-administrativo.

La estimación implica anular de las bases generales y específicas los apartados que permiten puntuar el doble los servicios prestados como guarda en las plazas vinculadas a la convocatoria y, en consecuencia, supone que se puntúen por igual los de los aspirantes que han desempeñado funciones de guarda. Asimismo, comporta el derecho del Sr. Rubén a que, si como consecuencia de la nueva valoración de los servicios que deba realizarse alcanzare la puntuación suficiente para superar el proceso selectivo, su nombramiento produzca efectos desde el mismo momento en que los produjeron los de quienes fueron nombrados en su día. Y, todo ello deberá efectuarse sin anular el nombramiento de ninguno de los ahora recurridos en aplicación de la jurisprudencia que impide trasladar a los aspirantes beneficiados por ella las consecuencias de la actuación indebida de la Administración en la cual ninguna responsabilidad tienen [*sentencias n.º 1046/2022, de 20 de julio (casación n.º*

6185/2020) y las que en ella se citan].

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

En definitiva, en respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión debemos confirmar la jurisprudencia que admite la posibilidad de impugnación **indirecta** de las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos objeto de la Oferta de Empleo Público cuando incurren en infracción de derechos fundamentales.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el *artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción*, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No hacemos pronunciamiento sobre las de la apelación ni sobre las de instancia por las dudas que ha podido suscitar la cuestión controvertida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas que se ha efectuado en el fundamento quinto

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 2145/2021, interpuesto por don Rubén contra la *sentencia n.º 967/2020, de 29 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla* y anularla.

(2.º) Estimar el recurso de apelación n.º 786/2019 interpuesto por don Rubén contra la *sentencia n.º 332/2018, de 16 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de los de Málaga* y anularla y rechazar la adhesión al mismo de la Diputación Provincial de Málaga.

(3.º) Estimar el recurso contencioso-administrativo n.º 407/2016 interpuesto por el apelante contra el decreto n.º 478/2016, de 7 de marzo, de la Presidencia de la Diputación Provincial de Málaga desestimatorio de su recurso contra el acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Málaga, de 20 de enero de 2016, que ratificó la relación definitiva de aspirantes aprobados de los propuestos por el tribunal de selección para cubrir como funcionarios cinco plazas de guarda, correspondientes a la Oferta de Empleo Público del año 2006, y:

a) anular la actuación administrativa impugnada;

b) anular el apartado 3.4 A) b) de las Bases Generales y el apartado 3.2 b) de las Bases Específicas;

c) reconocer al recurrente el derecho a ser nombrado funcionario de alcanzar la puntuación necesaria para ello con efectos desde que se produjeron para los aspirantes nombrados en su día;

d) mantener los nombramientos de los recurridos.

(4.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los

fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.