

Sentencia de la sala tercera de 21 de febrero de 2023 (rec.146/2022)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 210/2023

Fecha de sentencia: 21/02/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 146/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 14/02/2023

Ponente: Excma. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.7

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

Transcrito por: dpp

Nota:

R. CASACION núm.: 146/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 210/2023

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 21 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto visto el recurso de casación núm. 146/2022, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Eduardo Manzanos Llorente, en nombre y representación de doña Mariana, doña Adolfinia, don Alexis, don Arcadio, doña Ángeles, don Benedicto, don Cirilo, don Eleuterio, doña Bibiana, doña Cristina, don Ernesto, don Francisco y don Fabio, contra la *sentencia de 16 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo núm. 628/2020*, sobre personal.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

También se ha personado el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, se ha seguido el recurso contencioso administrativo n.º 628/2020, interpuesto por el procurador don Eduardo Manzanos Llorente, en representación de don Everardo y otros y como parte recurrida, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, contra los acuerdos del Tribunal del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias de la Secretaría General del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, de fechas 23 y 24 de febrero de 2020, por las que se resuelve convocar para un día posterior a la realización del segundo ejercicio a los opositores de la Comunidad Autónoma de Canarias, y se fija dicho día el 4 de marzo de 2020 a las 9:30 horas.

En el citado recurso contencioso administrativo, se dictó *sentencia el día 16 de septiembre de 2021*, cuyo fallo es el siguiente:

"Que, con desestimación de los motivos de inadmisibilidad opuestos por el Abogado del Estado y por la representación de D. Jacinto, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador D. Eduardo Manzanos Llorente, en representación de D. Everardo y otros, contra los acuerdos del Tribunal del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias de la Secretaría General del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, de fechas 23 y 24 de febrero de 2020, por las que se resolvió convocar para un día posterior a la realización del segundo ejercicio para los opositores de la Comunidad Autónoma de Canarias, y se fijó dicho día el 4 de marzo de 2020 a las 9:30 horas, confirmando los actos administrativos recurridos por ser conformes a Derecho; con imposición de las costas procesales a los recurrentes en los términos fijados en el

fundamento de derecho undécimo de la presente sentencia."

SEGUNDO.- Contra la mentada sentencia la representación procesal de doña Mariana y otros, preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente preparó el citado recurso de casación.

TERCERO.- Mediante *auto dictado por la Sección Primera de esta Sala el 20 de abril de 2022* , se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por doña Mariana y otros, contra la *sentencia de 16 de septiembre de 2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo n.º 628/2020* .

CUARTO .- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 7 de junio de 2022, la parte recurrente, la representación procesal de doña Mariana y otros, solicitó que previos los trámites procesales procedentes, estime el recurso de casación, revocando la sentencia recurrida.

QUINTO .- Conferido trámite de oposición mediante providencia de 16 de junio de 2022, el Ministerio Fiscal presentó escrito el 1 de julio de 2022, en el que consideró que procede desestimar, en los términos ya expresados, el presente recurso de casación.

Por su parte el Abogado del Estado, presentó escrito el día 18 de julio de 2022, en el que solicitó que se dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales.

SEXTO. - Mediante providencia de 9 de enero de 2023, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 14 de febrero del corriente y se designó magistrada ponente a la Excm. Sra. doña María del Pilar Teso Gamella.

SÉPTIMO.- En la fecha acordada, 14 de febrero de 2023, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *La sentencia impugnada*

En el presente recurso de casación se impugna la sentencia dictada por la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los aquí recurrentes contra los acuerdos del Tribunal del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, de fecha 23 y 24 de febrero de 2020, por los que se resuelve convocar para un día posterior a la realización del segundo ejercicio a los opositores de la Comunidad Autónoma de Canarias, y se determina la fecha exacta para el día el 4 de marzo de 2020, a las 9.30 h.

La sentencia de la Sala de Madrid concluye que *<<no a otra conclusión nos lleva analizar la alegación de los recurrentes en relación al conocimiento para los opositores afectados de la nota de corte del ejercicio antes de enfrentarse al ejercicio aplazado. Así, en primer lugar, tal afirmación es inexacta, pues, de acuerdo con el Anexo I de la convocatoria y con el artículo 3.11 del Real Decreto 211/2019, de 2 de abril* , por el que se prueba la oferta de empleo público para el año 2019, lo

que hizo público el Tribunal fue la plantilla correctora correspondiente al ejercicio (folios 62 y 63 del expediente administrativo), a lo que le obligaba, por otra parte, el citado anexo en el plazo máximo de tres días a contar desde la finalización del mismo, por lo que, en segundo lugar, la averiguación de la nota de corte, es decir, la determinada por la puntuación directa del opositor número 905 conforme al acuerdo del Tribunal de 18 de febrero de 2020, no deja de ser una actividad deductiva privada, necesariamente imprecisa pues su exactitud exigiría realizar el escalafonamiento por puntuación de todos los aspirantes, que ninguna incidencia puede tener en la resolución del presente litigio. Dicha nota de corte, fijada en la cifra de 31,33 puntos, no fue publicada hasta el día 9 de marzo de 2020>>.

SEGUNDO .- *La cuestión de interés casacional*

La admisión del presente recurso de casación, mediante *auto de 20 de abril de 2022* , identificó la siguiente cuestión de interés casacional:

<<determinar bajo qué criterios y en qué supuestos se puede demorar únicamente para parte de una serie de aspirantes la realización de una prueba selectiva de acceso a la función pública; y bajo qué condicionantes, en su caso, se debe desarrollar la misma, todo ello en relación al previo conocimiento de los criterios de valoración de la prueba efectivamente realizada por los aspirantes no afectados por la demora de la prueba y de la nota de corte>>.

Identificando las normas que en principio debieran ser objeto de interpretación, como las contenidas en los *artículos 14 y 23.2 CE* , *art. 61 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y *art. 16 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo* , por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado. Sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (*art. 90.4 LJCA*).

TERCERO .- *La delimitación de la controversia y las circunstancias del caso*

La controversia que llega hasta este tribunal, atendido el debate procesal suscitado en la instancia, el contenido de la sentencia y la cuestión de interés casacional, se origina respecto de la realización del segundo ejercicio de la fase de oposición que, a tenor del anexo I de la convocatoria, consistía en "resolver por escrito diez supuestos de carácter práctico, cada supuesto contendrá cinco preguntas con cuatro respuestas múltiples, que versará sobre el contenido completo del programa, siendo una sola la correcta, teniendo todas ellas el mismo valor. Las contestaciones erróneas se penalizarán con un tercio del valor de una contestación y las preguntas en blanco no penalizan. La calificación de este ejercicio será de 0 a 20 puntos. Los aspirantes deberán obtener un mínimo de 10 puntos para superarlo. La calificación de los aspirantes resultará de las puntuaciones transformadas que se deriven de los criterios adoptados por el órgano de selección en relación con la presente convocatoria. Con el fin de respetar los principios de publicidad, transparencia, objetividad y seguridad jurídica que deben regir el acceso al empleo público, el órgano de selección deberá publicar con anterioridad a la realización del ejercicio los criterios de valoración, corrección y superación del mismo que no estén expresamente establecidos en esta convocatoria."

La convocatoria se refería a las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, que habían sido convocadas por resolución de 9 de octubre de 2019 de la Subsecretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior.

Pues bien, en los días siguientes al 21 de febrero de 2020 se produjo en las Islas Canarias un fenómeno meteorológico consistente en el polvo y arena en suspensión en la atmósfera, conocido como "Calima", que ocasionó el cierre de aeropuertos y la cancelación de los vuelos, entre los que estaban los que tenían como destino Madrid. Ello impidió, por tanto, el desplazamiento de los opositores que tenían su vuelo reservado en esos días, y que debían llegar a la Universidad Complutense de la capital y desarrollar el segundo ejercicio de la fase de oposición, que estaba convocado para el día 23 de febrero de 2020.

Las expresadas circunstancias atmosféricas determinaron que el mismo día 23 de febrero, el tribunal calificador, reunido en sesión extraordinaria, dictara un acuerdo en el que señalaba que tras valorar las consecuencias que ha producido en la Comunidad de Canarias el fenómeno atmosférico citado, Calima, que había provocado la cancelación de vuelos y el cierre de aeropuertos, y constatando que esas circunstancias han conllevado que un número indeterminado de opositores no pudieran realizar el segundo ejercicio programado para el mismo día 23, resuelve que dichas circunstancias son imprevistas y de carácter excepcional, y que han afectado al normal funcionamiento de la vida pública y administrativa de toda la Comunidad Autónoma de Canarias, ocasionando múltiples consecuencias en todos los ámbitos. Añadiendo que consideraba justificado que pudiera realizarse un segundo ejercicio alternativo para los afectados por esa situación.

Y dispone que "para la realización del referido examen, los opositores deberán acreditar mediante copia del billete y certificación de las autoridades de los aeropuertos afectados, que dicho vuelo fue, efectivamente, cancelado. Esta acreditación deberán realizarla antes de las 14 horas (peninsulares) del próximo miércoles día 26 de febrero de 2020, enviándola al Servicio de Selección y Concursos de la Subdirección General de Recursos Humanos, en el e-mail sgpip-ssc@dgipimir.es. En caso de algún problema se podrá contactar con este servicio en el teléfono 91.335.48.12.

Próximamente, el Tribunal publicará una nueva fecha de examen, señalando lugar y hora, para realizar el segundo ejercicio, destinado exclusivamente a los opositores afectados.

Las notas resultantes se computarán de manera unitaria junto con el resto de opositores, a fin de poder conocer tanto dicha nota como el puesto finalmente obtenido".

Mediante el acuerdo posterior de 24 de febrero de 2020, el Tribunal calificador acordó realizar el segundo ejercicio a los afectados por la Calima, el día 4 de marzo de 2020.

El día 24 de febrero se hizo pública la plantilla correctora del segundo ejercicio de la fase de oposición, y el día 6 de marzo se hizo pública la plantilla correctora del segundo ejercicio realizado el día 4 de marzo. Finalmente, por acuerdo de 9 de marzo se publica la nota de corte, opositor núm. 905 con puntuación directa de 31.33.

CUARTO.- *La fuerza mayor y el proceso selectivo*

La cuestión de interés casacional que determinó la admisión de la casación se integra, en realidad, por un grupo de cuestiones relativas al alcance de la fuerza mayor en relación con la demora o el aplazamiento en la realización de un ejercicio de la fase de oposición, para un concreto grupo de aspirantes procedentes de una parte del territorio, las Islas Canarias. De modo que conviene determinar si en tales supuestos procede la posterior realización de un ejercicio para unos aspirantes, los afectados por las consecuencias aeroportuarias de la calima, con qué criterios y condicionantes puede adoptarse, y la relación que puede mediar con el conocimiento de los criterios de valoración de la prueba y de la nota de corte.

Esta Sala no alberga duda alguna, pues ninguna controversia se suscita al respecto, sobre la certeza de los hechos que dieron lugar a la cancelación de vuelos y al cierre de aeropuertos en las Islas Canarias, como consecuencia del citado fenómeno atmosférico denominado "calima". Tampoco que en los días inmediatamente anteriores al día 23 de febrero de 2020, fecha prevista de la realización del segundo ejercicio de la fase de oposición, un grupo de participantes en el proceso selectivo no pudieron, por tanto, desplazarse a Madrid para realizar el ejercicio en la Universidad Complutense, previsto en esa fecha. Nuestra decisión, por tanto, se mueve en el plano de la determinación de los efectos que se derivan de tales circunstancias, propias de la fuerza mayor, en relación con las facultades que corresponden al tribunal calificador.

Esta Sala considera que efectivamente concurren las circunstancias propias de la fuerza mayor que establece el *artículo 1105 del Código Civil*, que exonera, como regla general en las obligaciones, la responsabilidad " *de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables* ". Y en el caso examinado se trata de un fenómeno atmosférico, calima, que, aunque previsto, resulta inevitable. De tal modo que el cumplimiento del deber de presentarse al ejercicio no resultó posible por razones completamente ajenas a la voluntad del afectado, que aunque se había provisto del correspondiente vuelo a Madrid para realizar el ejercicio, no puede llevar a cabo tal desplazamiento, por circunstancias que están fuera de su órbita de decisión.

La determinación de los efectos que produce tal acontecimiento, por su interferencia en el proceso de selección, corresponde al tribunal de las pruebas selectivas. Es cierto, como alegan los recurrentes, que no existe en las bases de la convocatoria una previsión concreta y específica para los supuestos de fuerza mayor o para los fenómenos atmosféricos en general, ni para la calima en particular, pero las bases sí contienen, en el apartado 7.3, una cláusula general que, a juicio de esta Sala, resulta de aplicación al caso, al señalar que corresponde al Tribunal la consideración, verificación y apreciación de " *las incidencias que pudieran surgir en el desarrollo de los ejercicios* ", adoptando las decisiones que estime pertinentes. Esta cobertura general respecto de la decisión adoptada no desaparece porque en posteriores procesos selectivos, como la convocatoria de 18 de mayo de 2021, se haya añadido una referencia expresa a las "causas de fuerza mayor".

Ni que decir tiene que la referencia a los embarazos de riesgo, como fundamento de un aplazamiento, no guarda relación con el caso, y tiene su sustento jurídico en una específica norma legal, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De modo que la medida aquí controvertida de aplazamiento al día 4 de marzo de 2020, no ha sido adoptada para un supuesto de hecho diferente del previsto en las bases. Se ha adoptado con la cobertura que proporciona el apartado 7.3 de las bases, que permite al tribunal calificador adoptar las decisiones precisas para solucionar las incidencias surgidas en el desarrollo de los ejercicios, siempre, como es natural, de forma adecuada y proporcionada las circunstancias concurrentes. Adecuación y proporcionalidad que no se han vulnerado en este caso.

Así es, la solución adoptada por el tribunal calificador no resulta tampoco lesiva de los *artículos 14 y 23.2 de la CE*, pues ha permitido realizar el segundo ejercicio a todos los participantes, unos en la fecha fijada con antelación, y otros unos días más tarde. Téngase en cuenta que la selección no consta de un sólo ejercicio, sino que estamos ante un proceso selectivo compuesto por varias fases y diversos ejercicios.

Los beneficios que la recurrente aduce derivados del aplazamiento del segundo ejercicio 10 días, tales como el mayor tiempo de estudio y mayor conocimiento del desarrollo del ejercicio sobre la nota del aspirante 905, en la realización del ejercicio, forzosamente han de ser considerados conjuntamente con la incertidumbre que tuvieron que sobrellevar los aspirantes de Canarias afectados sobre la efectiva realización del ejercicio, por la incidencia de la calima, y las correspondientes gestiones que debieron llevar cabo para acreditar la imposibilidad de realizar ese ejercicio, por la cancelación de su vuelo. De manera que no se aprecia una situación de desigualdad entre los participantes procedentes de las distintas Comunidades Autónomas, que haya ocasionado una lesión del derecho a acceder a funciones y cargos públicos del *artículo 23.2 de la CE*, tan sólo la adaptación, con la cobertura y las herramientas que proporcionan las bases de la convocatoria, del desarrollo de los ejercicios de la fase de oposición, a los fenómenos atmosféricos sobrevenidos.

El alegato esgrimido por la parte recurrente en relación con el ejercicio aplazado y realizado el día 4 de marzo, aduciendo que tuvo una menor complejidad que el celebrado el día 23 de febrero, carece de la justificación necesaria. En efecto, debemos traer a colación que, atendidos los términos en los que plantea la recurrente su alegato en este punto, esta Sala Tercera, en cuanto Tribunal de casación, no puede revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, para alterar los hechos que han sido tomados en consideración por la sentencia recurrida. Así es, el *artículo 93.3 de la LJCA* señala que este Tribunal Supremo, en la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso, puede integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder. Presupuestos para la integración de hechos que no concurren en el caso examinado, por la falta de justificación indicada, toda vez que se fundamenta sobre meras presunciones y sospechas, sobre la dificultad del examen por la extensión en la formulación de las cuestiones, o por su contenido. En fin, los resultados de los ejercicios, según la Comunidad Autónoma de procedencia, pueden obedecer a muy diversas razones, y el alegato esgrimido tampoco proporciona un criterio certero que avale la desigualdad alegada, ni pone de manifiesto una justificación suficientemente fundada al respecto.

Cualquier solución contraria a la adoptada hubiera afectado gravemente el principio de proporcionalidad, pues podría haber llegado a truncar el proceso selectivo

para los participantes de una Comunidad Autónoma, por circunstancias absolutamente ajenas a su voluntad, con una evidente vulneración del *artículo 23.2 de la CE* . Por no citar la grave perturbación, con consecuencias diversas, derivada del aplazamiento para todos los participantes que ya se habían desplazado a Madrid, y que tenían su peripetia profesional y vital adaptada a las fechas inicialmente fijadas.

La sentencia impugnada, en definitiva, al desestimar el recurso contencioso administrativo, no lesiona los derechos de los *artículos 14 y 23.2 de la CE* , y respeta la proporcionalidad de las medidas de respuesta que se impugnaron en la instancia, consistentes en el aplazamiento por unos días del ejercicio a realizar por los afectados, ante la fuerza mayor apreciada: la Calima, que produjo, insistimos una vez mas, el cierre de aeropuertos y la consiguiente cancelación de vuelos.

Conviene añadir que esta Sala ha considerado conforme a Derecho la medida del aplazamiento en la realización de la prueba selectiva para los afectados en situaciones no iguales pero asimilables al caso, por todas, *STS de 19 de noviembre de 2008 (recurso de casación n.º 10422/2004)*, *STS de 27 de abril de 2009 (recurso de casación n.º 4595/2005)*, *STS de 14 de marzo de 2014 (recurso de casación n.º 4371/2012)* y *STS de 6 de julio de 2015 (recurso de casación n.º 1851/2014)*.

QUINTO .- *Conclusión y respuesta a la cuestión de interés casacional*

Por cuanto antecede, procede desestimar el recurso de casación. Considerando, respecto de la cuestión de interés casacional, que las medidas adoptadas por el Tribunal Calificador, fundamentalmente el aplazamiento del segundo ejercicio, para evitar las consecuencias derivadas de la fuerza mayor, tenían cobertura general en las bases de la convocatoria, apartado 7.3, y no lesionan el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargo públicos del *artículo 23.2 de la CE* , toda vez que respetó la proporcionalidad en la determinación de los efectos derivados del cierre de aeropuertos y de la cancelación de vuelos por el fenómeno atmosférico citado.

SEXTO .- *Las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA* , cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación núm. 146/2022, interpuesto por el procurador de los Tribunales don Eduardo Manzanos Llorente, en nombre y representación de doña Mariana, doña Adolfinia, don Alexis, don Arcadio, doña Ángeles, don Benedicto, don Cirilo, don Eleuterio, doña Bibiana, doña Cristina, don Ernesto, don Francisco y don Fabio, contra la *sentencia de 16 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo núm. 628/2020* . No se hace imposición de costas en los términos previstos en el último fundamento de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.