

Sentencia de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2024 (rec.8601/2021)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 497/2024

Fecha de sentencia: 20/03/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8601/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 8601/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 497/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 20 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **8601/2021** , promovido por **DON Juan Ignacio**, representado por la procuradora de los tribunales doña María Leocadia García Cornejo y defendido por el letrado don Joaquín Bachrani Reverté y por la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DEL INTERIOR)** representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la *sentencia nº 1216/2021, de 16 de septiembre, de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario nº 2363/2019* , que estimó el recurso.

Siendo parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DEL INTERIOR)** , representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la *sentencia pronunciada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario nº 2363/2019* , que estimó el recurso planteado por don Juan Ignacio, contra la resolución de 21 de agosto de 2019 de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior que desestimó el recurso de alzada que había interpuesto el recurrente contra el acuerdo del tribunal calificador del proceso selectivo de ingreso en la escala básica de la Policía Nacional.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Juan Ignacio y el Abogado del Estado, presentaron sendos escritos preparando el recurso de casación, que la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparados en sendos autos, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se tuvo por personados y partes a la procuradora de los tribunales doña María Leocadia García Cornejo en nombre y representación de don Juan Ignacio y al Abogado del Estado en la representación y defensa de la Administración del Estado.

CUARTO.- Por *auto de 8 de noviembre de 2022, la Sección Primera de esta Sala* acordó:

"[...] SEGUNDO. - Las cuestiones en las que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

Por un lado, (i) cuál ha de resultar la nota de corte que se emplee para efectuar una prueba psicotécnica ordenada en ejecución de sentencia en un proceso selectivo de acceso a la función pública para que se entienda se respeta el derecho a la igualdad; (ii) si vulnera el derecho de igualdad la remisión a la nota de corte de la promoción de origen, (iii) en caso negativo, si la prueba a realizar en la promoción en curso tiene que contar con misma dificultad y características de tiempos de respuesta y tipos de pruebas que en la prueba de la promoción de origen.

Y, por otro lado, (iv) determinar si los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, dictados en sustitución y desarrollo de otros previos anulados judicialmente y que determinaron la exclusión de aspirantes de aquél, comportan eficacia retroactiva a los efectos del *artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, ello de manera que (a) pueda entenderse que en esos aspirantes concurren los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y, (b) deban tener la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo, incluso en lo referido a la posición en que hayan de quedar clasificados en el escalafón o instrumento de ordenación similar ya formado con los aspirantes que superaron el proceso selectivo en su momento, o por el contrario, deban ser posicionados en el último lugar de tal escalafón.

TERCERO.- A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 35 Ley 39/2015, de 1 de octubre*, de Procedimiento Administrativo Común, y los *artículos 9.3 y 1, 103 y 23.2 CE* en relación al *artículo 55 del Real Decreto legislativo 5/2015*, Texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, y el *artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

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. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurrentes para que, en treinta días, formalizaran los escritos de interposición.

La representación procesal de don Juan Ignacio, presentó escrito formalizando su casación, que finaliza suplicando:

"[...] tenga por presentado este escrito de interposición del recurso de casación, lo admita y, tras la pertinente tramitación, dicte Sentencia estimatoria del recurso de casación, fijando o aplicando la doctrina que resulta de dicha estimación y que ha sido expuesta anteriormente y, en consecuencia, revoque la Sentencia recurrida y anule el fallo de la misma en el sentido expuesto anteriormente, en relación a la nota de corte a aplicar frente a la realización, por parte de los/las opositores/as recurrentes, en ejecución de una Sentencia de una prueba del proceso selectivo (test psicotécnico), siendo dicha prueba la misma, con la misma dificultad y con evaluación de las mismas capacidades y aptitud, por lo que las consecuencias (nota de corte) a aplicar, tendrían que ser las mismas. [...]"

El Abogado del Estado presentó escrito suplicando a la Sala:

"[...] admita este escrito y el documento adjunto, tenga por hechas las manifestaciones que anteceden y por formulado desistimiento del presente recurso de casación. [...]"

Asimismo, presentó el Abogado del Estado, escrito solicitando se le tenga por personado en calidad de recurrido. Por diligencia de 10 de enero de 2023, se le tuvo por personado y parte en concepto de recurrido.

SEXTO.- La procuradora doña Leocadia García Cornejo en nombre y representación de don Juan Ignacio presentó escrito haciendo alegaciones al desistimiento planteado de contrario y manifestando su conformidad con el mismo. Por decreto de 17 de enero de 2023 se tuvo por desistida a la Administración del Estado de su recurso de casación, continuando el procedimiento respecto del recurso de casación interpuesto por don Juan Ignacio.

SÉPTIMO.- Por providencia de 2 de febrero de 2023, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

Por la representación procesal de la Administración del Estado, en calidad de recurrida, presentó escrito de oposición al recurso de casación que finaliza suplicando a la Sala:

"[...] tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito. [...]"

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

NOVENO.- Mediante providencia de 26 de octubre de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 12 de diciembre de 2023, dejándose sin efecto el anterior señalamiento mediante providencia de 19 de diciembre de 2023 al estar tramitándose otros recursos de casación en los que se plantean cuestiones de la misma índole.

Por providencia de 19 de enero de 2024 se señaló nuevamente para votación y fallo la audiencia del día 5 de marzo de 2024 en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Juan Ignacio contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2021*.

Los antecedentes del asunto son como sigue. El recurrente participó en el proceso selectivo convocado por resolución de 11 de abril de 2018, para ingresar mediante oposición libre en la Escuela Nacional de Policía y posteriormente en la Escala

Básica del Cuerpo Nacional de Policía. El recurrente fue declarado "no apto" en la segunda parte de la tercera prueba, consistente en una "entrevista personal". Disconforme con ello, interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la sentencia ahora impugnada.

Por lo que ahora específicamente importa, al fundamento sexto de la sentencia impugnada precisó las consecuencias prácticas del fallo estimatorio, en los siguientes términos:

"[...] Caso de recibir la puntuación suficiente en los tests psicotécnicos para la adjudicación de una de las plazas convocadas, con la precisión de que esta puntuación vendrá referida a la exigida concretamente en el proceso selectivo a que viene referidas las presentes actuaciones (el establecimiento de una puntuación mínima para superar estas pruebas resulta avalado por las propias previsiones contenidas en la Base 6.1.3.c) de la Convocatoria, que impide declarar aptos tras las mismas a un número de opositores superior al de las plazas convocadas, obligando a que el número de aprobados tras ellas sea igual al de plazas a convocatoria), tendrá derecho continuar el resto del proceso selectivo hasta su finalización, es decir deberá ser convocado para incorporarse a la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, a fin de llevar a cabo el período práctico de formación de carácter selectivo previsto en la propia Convocatoria de que venimos haciendo mención, comprensivo del correspondiente "Curso de Formación" y del "Módulo de Formación Práctica". [...]"

SEGUNDO.- Contra esta sentencia prepararon recurso de casación tanto el Abogado del Estado, que luego desistió, como el recurrente. Mediante *auto de 8 de noviembre de 2022, la Sección Primera de esta Sala* admitió el recurso de casación, declarando como cuestión de interés casacional objetivo determinar "cuál ha de resultar la nota de corte que se emplee para efectuar una prueba psicotécnica ordenada en ejecución de sentencia en un proceso selectivo de acceso a la función pública para que se entienda que respeta el derecho a la igualdad". El auto de admisión menciona otras cuestiones relacionadas con la anterior, relativas a si la dificultad de la prueba a celebrar debe ser similar a la que se realizó en el proceso selectivo en que participó el recurrente, y si es aquí aplicable el *art. 39.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común* .

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación se combate únicamente que la puntuación mínima -usualmente conocida como "nota de corte"- exigida para que el recurrente supere las pruebas posteriores a la entrevista personal sea la establecida para el proceso selectivo al que se presentó, en lugar de la prevista para el proceso selectivo posterior en que habrá de someterse a dichas pruebas. El recurrente argumenta, en esencia, que las notas de corte varían significativamente de un proceso selectivo al siguiente para el ingreso en el mismo cuerpo, dependiendo fundamentalmente del número de plazas convocadas. De aquí que, a su modo de ver, resulte contrario al derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, consagrado por el *art. 23 de la Constitución* , que la nota de corte que se le aplique no sea la del proceso selectivo en que efectivamente realice esas pruebas. Sostiene, en este orden de ideas, que la igualdad de trato en la valoración de mérito y capacidad exige hacer la comparación con los aspirantes que se someten a las mismas pruebas, no con los que se sometieron a ellas en un proceso selectivo anterior. Y cita jurisprudencia relativa al mencionado *art. 23 de la Constitución* .

CUARTO.- El Abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de casación, sugiere que este era inadmisibile, si bien no formula ninguna pretensión al respecto por impedirlo el *art. 90.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* . En cuanto al fondo del asunto, el Abogado del Estado argumenta que ordenar que la nota de corte sea la establecida en su momento para el proceso selectivo al que el recurrente originariamente se presentó no vulnera el *art. 23 de la Constitución* ; y ello porque es en la promoción resultante de ese proceso selectivo en la que, en caso de superar las pruebas, debería integrarse. De aquí que, siempre según el Abogado del Estado, la comparación relevante a efectos de determinar la nota de corte aplicable sea con el proceso selectivo originario, no con aquel posterior en que haya de realizar las pruebas.

QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, conviene comenzar reconociendo que este es un recurso de casación peculiar desde un punto de vista procesal, porque el fallo de la sentencia impugnada es estimatorio. El recurrente no solicitó aclaración ni complemento del mismo. No obstante, examinadas las actuaciones, resulta que en el suplico de la demanda se hacía referencia a que la nota de corte habría de ser la correspondiente al proceso selectivo posterior en que realizara las pruebas. De aquí que existiera un gravamen para impugnar la sentencia de instancia.

SEXTO.- Una vez sentado lo anterior, hay que señalar que este recurso de casación es similar a otros deliberados en la misma fecha.

Son varias las ocasiones en que esta Sala se ha tenido que enfrentar a los problemas surgidos en la ejecución de sentencias estimatorias de aspirantes al ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía que fueron declarados no aptos en alguna de las fases del proceso selectivo. Y, en particular, a propósito de la nota de corte que se ha de aplicar en la continuación del mismo en ejecución de sentencia, es cierto que *nuestra sentencia nº 407/2022, de 31 de marzo (casación nº 2346/2021), confirmó la dictada por la Sala de Madrid* en la que se establecía que sería la original. Es decir, la de la convocatoria de la que fue indebidamente excluido el recurrente. Ahora bien, no se discutió sobre ese particular, sino sobre la llamada eficacia retroactiva de los actos administrativos dictados en sustitución y desarrollo de otros previos y anulados.

Es ahora, por tanto, cuando debemos enfrentarnos al problema que nos somete el recurrente. Y lo hacemos en la deliberación conjunta de los recursos de casación nº 8601/2021, 4753/2022 y 6266/2022 con éste.

Tal como hemos dicho, la sentencia de instancia establece que, si el recurrente los hizo en su momento y se han conservado, se deberá contar con los test de la convocatoria. De no ser así, y es lo que ocurrió con el Sr. Juan Ignacio, habrá de realizarlos posteriormente con los aspirantes del proceso selectivo inmediato posterior, pero con la nota de corte original, es decir la que se aplicó en su día. La sentencia dice también que los nuevos test han de ser de dificultad semejante a la de los primeros.

La controversia se centra, tal como resulta del escrito de interposición, en resolver si, en vez de la nota de corte del proceso inicial, con la posibilidad de que haya tantas cuantas sean las convocatorias a las que pertenecen los aspirantes que hacen la prueba psicotécnica, ha de utilizarse una sola y, en particular, la de la última.

La sentencia impugnada no impone, es verdad, que deba haber una pluralidad

de notas de corte sino que al recurrente se le ha de aplicar la de su convocatoria. Ahora bien, su correcta ejecución exige a la Administración que la dificultad de los test que deben realizar los aspirantes que se encuentran en la situación del Sr. Juan Ignacio sea semejante a la de los utilizados en la convocatoria a la que concurrieron, o sea, en este caso a la de 2018, pues de lo contrario, se le estaría requiriendo un nivel distinto del que se demandó a los aspirantes de su promoción.

Del escrito de interposición se desprende que para el recurrente no existe esa imprescindible semejanza porque, si, como sostiene y no se ha contradicho, la nota de corte viene determinada por la dificultad del test psicotécnico y hay variaciones notables en las sucesivas notas de corte, eso significaría que la complejidad de los test no está siendo la misma.

La prueba psicotécnica, sin embargo, se dirige a medir la inteligencia general del aspirante en relación con las funciones de la categoría de Policía. De ahí que no deba haber diferencias sustanciales entre unos y otros test, ni en su valoración, porque lo contrario supondría que no es el mismo el nivel de inteligencia requerido para las mismas funciones en cada convocatoria. Por tanto, en la medida en que dicha adecuación no parece asegurada en la actuación administrativa descrita, debemos corregir la pauta sentada por la Sala de Madrid y establecer que la correcta satisfacción del derecho que ha reconocido al recurrente exige que la nota de corte que se le aplique sea la de la convocatoria en que finalmente efectúe la prueba psicotécnica.

Es verdad que, de este modo, no será la inicial la que se use, a pesar de que el resultado que obtengan estos aspirantes recurrentes se proyectará sobre la convocatoria de la que provienen y no afectará a la que esté en curso. No obstante, esa descoordinación tiene a nuestro entender menor impacto que la derivada de la decisión de la sentencia de instancia. Especialmente, si en su ejecución se produce la coincidencia de aspirantes procedentes de una pluralidad de convocatorias. La razón no es otra que la vinculada a la relación entre dificultad y nivel mínimo exigido a la que nos hemos referido, pero también con el hecho de que quienes superen esta fase del proceso selectivo, lo continuarán con los integrantes de la nueva promoción sin que haya sesgos o diferencias en el tratamiento.

Sobre los demás extremos que suscita el auto de admisión no nos ha dicho nada el recurrente y sucede que sobre ello ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos anteriormente.

Así, pues, hemos de estimar el recurso de casación, anular la sentencia de instancia y, en su lugar, estimar el recurso contencioso-administrativo en los mismos términos en que lo hizo la Sala de Madrid, salvo en lo relativo a la nota de corte, que deberá ser la que se establezca en la concreta convocatoria en que el recurrente efectúe los test psicotécnicos.

SÉPTIMO.- En consecuencia, debemos declarar que es contrario a Derecho que, en supuestos como el de autos, se emplee la nota de corte fijada en el proceso selectivo del que fue indebidamente excluido el recurrente. En la medida en que la prueba psicotécnica a realizar con la promoción en curso ha de presentar la misma o parecida dificultad y características, tiempo de respuesta y tipos de problemas que la de la promoción de origen, la solución procedente es que a todos los aspirantes, ya concurran en virtud de sentencia ya lo hagan por primera vez, se les aplique la nota de corte fijada para la convocatoria en que tiene lugar dicha prueba.

Respecto de las restantes cuestiones, las numeradas por el auto de admisión como (iv) a) y b), debemos reiterar que, de superar el proceso selectivo tras su continuación en virtud de sentencia, el aspirante que lo logre deberá ser escalafonado u ordenado en razón de la puntuación final que logre entre los de su promoción original y se le habrán de reconocer todos los efectos económicos y administrativos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su día, en los términos dichos por la sentencia de instancia.

OCTAVO.- 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. Dadas las dudas suscitadas por las cuestiones debatidas, no hacemos imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo.

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 que se ha efectuado en el fundamento cuarto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución esta Sala ha decidido

(1º) Dar lugar al recurso de casación nº 8601/2021, interpuesto por don Juan Ignacio contra la *sentencia nº 1216/2021, de 16 de septiembre, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, y anularla.

(2º) Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 2363/2019 contra la resolución de 21 de agosto de 2019 del Director General de la Policía y reconocer a don Juan Ignacio el derecho a que se le aplique la nota de corte fijada en la convocatoria sucesiva en que realice los test psicotécnicos previstos en la base 6.1.3 c) de la resolución de 11 de abril de 2018 de la Dirección General de la Policía por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, conforme a los fundamentos sexto y séptimo.

(3º) 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.