

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 6 de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tfno.: 662975817 662975697, Fax: 951939176, Correo electrónico: JContencioso.6.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220000900.

Procedimiento: Procedimiento Abreviado 117/2022. Negociado: 1

Actuación recurrida: (Organismo: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA)

De: [REDACTED]

Procurador/a: IGNACIO SANCHEZ DIAZ

Letrado/a:

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a:

Letrado/a: S. J. AYUNT. MALAGA

SENTENCIA N.º 179/2024

En la ciudad de Málaga, a 10 de septiembre de 2024

1

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 117/2022 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Díaz actuando en nombre y representación de [REDACTED] con la asistencia de la Letrada Sra. de Torre Padilla. [REDACTED]

[REDACTED] desestimatoria de recurso de alzada frente a anuncio en proceso selectivo, representada y asistida la administración municipal por la Letrada Sra. Pernía Payarés fijada la cuantía de las actuaciones como indeterminada, resultan los siguientes

IANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 4 de abril de 2022 se presentó ante el Decanato de este partido judicial, escrito de interposición recurso contencioso administrativo al modo del Procedimiento Ordinario presentado por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Díaz en nombre y representación del arriba citado contra el acuerdo alcanzado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga. [REDACTED]

Requerida la parte para acreditar la representación así como para presentación de demanda, en el escrito rector, tras alegar los hechos y razones que estimó de su interés, se instó el dictado de Sentencia que, con carácter principal, declarase la nulidad de la resolución impugnada y de los



Acuerdo 3, 4 y 5 del Anuncio 13, ordenando en su caso la retroacción de las actuaciones en el proceso selectivo al momento previo al dictado del Mismo; asimismo, fuese ordenada fijar de forma motivada la puntuación mínima exigida en el segundo ejercicio para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio que, en todo caso, deberá ser igual o superior a la mitad de las preguntas válidas del cuestionario; igualmente le fuese ordenada la aplicación de la nueva puntuación a la recurrente y al resto de aspirantes, estableciendo nueva lista de participantes declarados aptos y no aptos; todo ello con las demás consecuencias inherentes a la declaración solicitada.

Mediante Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de 18 de mayo de 2022 se admitió a trámite la demanda dándose curso por los trámites del Procedimiento Abreviado, reclamando el expediente administrativo y señalando vista, finalmente, para el día 22 de mayo del corriente año.

Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas más arriba conforme quedó constancia en el soporte videográfico, la recurrente y su representación ratificaron su escrito de demanda al que se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, practicándose la prueba que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, no así el plazo para resolver por sobrecarga de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, la recurrente [REDACTED] instaba la declaración de nulidad tanto del Anuncio 13 en los puntos señalados más arriba efectuados en la convocatoria llevada a cabo por el Ayuntamiento de Málaga de plazas de auxiliar administrativo del expediente indicado, como el ulterior acuerdo de la Junta de Gobierno Local desestimando la alzada que la actora presentó. Tratando de acudir a la esencia del escrito rector, participando en el proceso selectivo en el que pudo participar en las dos pruebas previstas por ser calificado como apto en el primero, en el segundo, fue calificada como no apta. Las bases con las que se presentó habían sido publicadas en el BOP de 14 de diciembre de 2020 respecto de la OEP de la corporación para ese mismo año. [REDACTED]

[REDACTED]. Según el Anexo 3 en el apartado 3.1.a) se establecía que para el primer ejercicio tipo test de 60 preguntas se superaría superando un 5 sobre diez puntos; y en el apartado b) , para el segundo ejercicio consistente en un supuesto práctico que también sería calificado de 0 a 10 puntos, sería preciso superarlo al menos con un 5; consistiendo dicho ejercicio en un test de 25 preguntas .

Continuaba el relato de la demanda señalando que en el Anuncio nº 13 se acordó, en su punto 3 “fijar , teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, en 20 respuestas correctas netas de las 25 de las que constaba el ejercicio. Lo anterior, sin motivación ni justificación y conociendo, además, la identidad de los aspirantes presentados. Los apartados 4 y 5 se destinaron a recoger los aspirantes aptos y no aptos respectivamente. De esta forma, al subjetivo entender de la recurrente, se habían vulnerado el principio de publicidad, transparencia y seguridad jurídicas que debía regir todo el proceso selectivo.

La recurrente no estaba conforme con dicha imposición ni con las razones dadas en el Acuerdo por el que se desestimó su recurso de alzada, pues las mismas servían a la administración municipal para encubrir la falta de transparencia y claridad en los criterios adoptados por el Tribunal Calificador para el “establecimiento y determinación de la puntuación mínima de dicho 2º ejercicio en aquellas 20 respuestas netas. Al actuar de ese modo, no eran conocidos a priori ni a posteriori por



el opositor. Ello implicaba una falta de motivación causante de una enorme indefensión al desconocer en qué se basó el Tribunal Calificador para fijar la nota de corte y puntuación mínima del segundo ejercicio que se suponía se sustentaba en “el nivel de conocimiento de los aspirantes”. A resultados de dicha decisión, quedaron desiertas 7 de las 39 plazas. A su vez, la fijación de 20 sobre 25 cuando en el primer ejercicio se requerían solo 27,5 sobre 55, implicaba una desproporción que estaba totalmente falta de justificación. De lo anterior deducía la recurrente la duda sobre la imparcialidad del tribunal que afectaría a las actuaciones encomendadas. Asimismo, consideraba la recurrente que no era cierto que la decisión se hubiese tomado con desconocimiento de la identidad de los aspirantes, siendo imposible, además, establecer a posteriori la nota de corte del segundo ejercicio pues ello implicaba una vulneración de la base 36 de la convocatoria, al llevarse a cabo una “puntuación directa mínima” concepto inexistente en las bases y que no era extrapolable a las mismas. Todo lo cual generaba igualmente un menoscabo a los principios de publicidad y transparencia. Por todo ello, estimando menoscabado el artículo 35 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre; los artículos 9, 14, 23.2, 103 y 106 todos de la CE, a la vista de la jurisprudencia citada en su escrito rector, e instando la aplicación de la norma que, conforme al principio “iura novit curia”, se estimase por el juzgador aplicable, solicitaba el dictado de Sentencia con las declaraciones adelantadas en los Hechos de la presente resolución.

SEGUNDO.- Frente a tales pretensiones, la representación del Ayuntamiento de Málaga mostró su oposición por considerar que el acto interpelado era conforme a derecho. Acudiendo a la esencia de la contestación de la recurrida, tras coincidir en los hitos cronológicos del proceso selectivo señalados de adverso, y añadir las referencias fácticas de actas y anuncios concretos de dicha oferta y convocatoria de auxiliar administrativo, se negaba, en atención a lo que se recogía realmente en las bases y a su correcta interpretación, tanto la vulneración del principio de probabilidad publicidad y transparencia que se decían menoscabados por la adversa en la Litis. Los aspirantes sabían de antemano cuáles eran las reglas del examen así como la propia base 36 definía expresamente que debía entenderse por puntuación. Consideraba que, en modo alguno, el tribunal se había extralimitado respecto de las bases, oponiéndose al argumento de que las decisiones del tribunal afectaban a la estrategia adoptar por los aspirantes a la hora de realizar el ejercicio. Lo anterior por cuanto que era evidente que si todas las preguntas tenían el mismo valor, la única estrategia válida era intentar conseguir la mayor puntuación posible para superar la puntuación mínima. En definitiva, eran dos los requisitos que imponían las bases al Tribunal para establecer la puntuación mínima de corte cuáles eran que se hiciese antes de conocer la identidad y, en segundo lugar, que la puntuación mínima exigida fuese siempre igual o superior a la mitad de las preguntas válidas del cuestionario; por lo que siendo éstas 25, las veinte exigidas superaban dicha cantidad. Todas las preguntas se valoraban con la misma puntuación por lo que decaía igualmente las alegaciones que se hacían sobre el distinto valor asignado a las contestaciones. Ello venía avalado, al subjetivo parecer del recurrida, por la jurisprudencia que el Ayuntamiento consideró de aplicación al caso. Asimismo, se negó que hubiese falta de motivación por la aplicación de una nota de corte, que era diferente en el supuesto del concurso restringido para personas con discapacidad que, realizado un examen conforme a las capacidades cognitivas de dichos aspirantes, también recibieron y se les aplicaron razones objetivas. Concluía la contestación de la administración señalando que, sencilla y lamentablemente, la recurrente no alcanzó la puntuación mínima para superar el segundo ejercicio de la oposición establecida de forma anónima con carácter general e igual para todos los aspirantes del turno de acceso libre y del de discapacidad no intelectual en función del número de plazas a cubrir. Ello implicaba, como así había sido apreciado por otros órganos judiciales de la misma jurisdicción y partido, la desestimación del recurso por ser plenamente conforme a derecho la calificación de no acta obtenida por la recurrente y su ratificación al desestimar su recurso.





TERCERO.- Una vez esbozadas los argumentos y pretensiones de ambas partes, debe comenzar recordándose la doctrina jurisprudencial de base sobre la actuación de los Tribunales Calificadores. La misma se contiene en varias Sentencias del Tribunal Supremo.

[REDACTED] que los órganos calificadoros de oposiciones y concursos gozan de denominada discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración, de modo que sólo en determinadas circunstancias tales como la existencia de dolo, coacción, infracción de las normas reglamentarias que regulan su actuación o de las propias bases de la convocatoria que vinculan por igual a la Administración y a los participantes en el proceso de selección, es posible la revisión jurisdiccional reconocida en la Constitución (arts. 117.3 y 106.1 CE)».

Esta doctrina, por tanto, no permite la revisión y sustitución en sede judicial del criterio de valoración motivadamente expresado por el órgano encargado de decidir la prueba, salvo que se apreciase error, arbitrariedad o equivocación evidente. Es decir, ni la opinión de la parte recurrente ni el parecer de este Juzgador, en relación con la corrección de las preguntas y respuestas y en relación con su valoración, puede sustituir al criterio motivado del órgano llamado a decidir sobre la valoración y calificación del examen y de las respuestas acertadas en el mismo pues tal pretensión se encuentra frontalmente en contra del principio de discrecionalidad técnica del que goza el órgano calificador.

[REDACTED]

[REDACTED]

CUARTO.- Pero en otro orden de cosas aún cuando con evidente relación con lo antes expuesto, dentro de dicha discrecionalidad, no se puede dejar pasar las conclusiones jurisprudenciales sobre el deber de publicidad previa. A este respecto, además de ser más que trascendente la cita señalada por la actora ([REDACTED])

TERCERO.- Como sostiene la recurrente, no se trata de negar la posibilidad de que un Tribunal Calificador de un proceso selectivo pueda establecer criterios de corrección dando prevalencia a



unas preguntas sobre otras en la valoración de las mismas, debidamente justificadas, sino que esa preferencia ha de constar a los opositores antes de la realización de la prueba, de tal suerte que estos puedan decidir la prioridad en su contestación, adaptando las respuestas a la relevancia de las cuestiones planteadas, impidiendo así que se produzca indefensión, y en este sentido recuerda la recurrente la jurisprudencia sentada por esta Sala, citando la sentencia

En consecuencia, de conformidad con esta jurisprudencia el Tribunal Calificador al valorar de distinta forma las respuestas a las cuestiones del caso práctico, sin previamente notificar estos criterios a los opositores, produjo una irregularidad procedimental que causó la indefensión dña recurrente que no pudo adecuar la contestación del examen a las distintas valoraciones de las preguntas. Por ello, dichos criterios han de tenerse por no puestos para el actor y en consecuencia entender que se ha vulnerado la jurisprudencia de la Sala por la sentencia recurrida, e igualmente el principio de transparencia y publicidad que deben presidir los procesos selectivos, recogidos en el artículo 66.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público, como sostiene

CUARTO.-En consecuencia procede estimar el motivo de casación, sin necesidad de entrar en el resto de los motivos alegados, casar la sentencia y dictar otra en su lugar al recuperar la competencia la Sala para resolver el recurso contencioso-Administrativo. Y anulada la validez para la actora del acuerdo de corrección adoptado por el Tribunal Calificador para el tercer ejercicio, ha de presumirse que las respuestas tienen que tener la misma valoración, y resolver de conformidad con el suplico de la demanda articulado en primer lugar por la recurrente:"

Por otra parte, también es preciso recordar que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.



En este mismo sentido, nos recuerda la Sentencia [REDACTED]

[REDACTED] "... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (*odiosa restringenda sunt*)."

Así y para concluir el acercamiento jurisprudencial a dicha figura, dicho criterio restrictivo en cuanto a la nulidad se mantiene firme por la Sala III del Tribunal Supremo en su Sentencia [REDACTED]

QUINTO.- Descendiendo al supuesto aquí litigioso, argumentada por la recurrente el cambio de criterio, en el segundo examen, a la hora de establecer el Tribunal Calificador una nota de corte, según la recurrente a posteriori, sin claridad, transparencia ni publicidad, ello no puede ser estimado.

En este sentido, como razonó [REDACTED]

Lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre estas dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas; y (2) la fijación de una nota de corte después de la corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados.

Esas distintas actuaciones que acaban de describirse son las que se efectuaron en el procedimiento selectivo litigioso, según se hace constar en el informe (antes transcrito) que asumió la resolución [REDACTED], y no pueden ser consideradas contrarias a las normas de la convocatoria ni tampoco expresivas de discriminación o perjuicio para ninguno de los aspirantes."

Son conformes con las normas de la convocatoria porque el valor aplicado a las respuestas erróneas, en su relación con las acertadas, fue el que establecía la base tercera, apartado 2.1.2; y no pueden considerarse discriminatorias ni perjudiciales para los aspirantes examinados porque, según consta en las actuaciones y declara la sentencia recurrida, la determinación de la nota de corte (es decir, la puntuación resultante de la directa contabilización de las respuestas acertadas y erróneas que se eligió como determinante del límite de los 37,50 puntos necesarios para superar las partes del ejercicio de la fase de oposición) fue efectuada con anterioridad a que fuesen identificados los aspirantes examinados.



Ha de recordarse lo que respecto de la significación y finalidad del principio de transparencia declaró la sentencia de esta Sala y [REDACTED]

«Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

Por último, debe añadirse que lo antes razonado es coherente con la anterior doctrina que acaba de transcribirse por lo siguiente: (a) la relación de valor entre respuestas acertadas y erróneas fue establecida en la convocatoria; (b) la nota de corte, como ya se ha dicho, se realizó de acuerdo con la habilitación prevista en la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes (el recurso de casación no ha combatido de manera idónea la valoración probatoria que refleja la afirmación que sobre este extremo realiza la sentencia recurrida); y c) las puntuaciones transformadas [REDACTED]

[REDACTED] no se ha justificado en el recurso que mantenga una proporción distinta a la que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de respuestas acertadas y erróneas.

En el mismo sentido y con voluntad de atender a la cuestión de la transparencia que debe adoptarse [REDACTED]

[REDACTED] - El recurso debe ser desestimado en lo demás con base en las siguientes razones:

1ª) porque la bondad del criterio fijado por la Comisión de selección del proceso selectivo que analizamos ha sido ya declarada por esta sala en sentencia [REDACTED]

Efectivamente, analizando la misma problemática que ahora se denuncia y, además, en relación con el mismo proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores, especialidad Administradores Generales de la Junta de Andalucía [REDACTED] en el fundamento de derecho quinto decíamos lo siguiente:

"QUINTO.- El reproche planteado en relación con la "modificación de los criterios de calificación, valoración de las preguntas y nota de corte" no puede ser compartido por lo que seguidamente se razona.



Lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre estas dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas; y (2) la fijación de una nota de corte después de la corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados.

Esas distintas actuaciones que acaban de describirse son las que se efectuaron en el procedimiento selectivo litigioso. [redacted] y no pueden ser consideradas contrarias a las normas de la convocatoria ni tampoco expresivas de discriminación o perjuicio para ninguno de los aspirantes.

Son conformes con las normas de la convocatoria porque el valor aplicado a las respuestas erróneas, en su relación con las acertadas, fue el que establecía la base tercera, apartado 2.1.2; y no pueden considerarse discriminatorias ni perjudiciales para los aspirantes examinados porque, según consta en las actuaciones y declara la sentencia recurrida, la determinación de la nota de corte (es decir, la puntuación resultante de la directa contabilización de las respuestas acertadas y erróneas que se eligió como determinante del límite de los 37,50 puntos necesarios para superar las partes del ejercicio de la fase de oposición) fue efectuada con anterioridad a que fuesen identificados los aspirantes examinados.

Ha de recordarse lo que respecto de la significación y finalidad del principio de transparencia declaró la sentencia de esta [redacted]

"Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas".

Por último, debe añadirse que lo antes razonado es coherente con la anterior doctrina que acaba de transcribirse por lo siguiente: (a) la relación de valor entre respuestas acertadas y erróneas fue establecida en la convocatoria; (b) la nota de corte, como ya se ha dicho, se realizó de acuerdo con la habilitación prevista en la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes (el recurso de casación no ha combatido de manera idónea la valoración probatoria que refleja la afirmación que sobre este extremo realiza la sentencia recurrida); y c) las puntuaciones transformadas (convertidas en una nueva escala de cifras, como afirma el informe asumido por la resolución de 29 de marzo de 2011) no se ha justificado en el recurso que mantenga una proporción



distinta a la que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de respuestas acertadas y erróneas."

2º) y, en lo relativo a la posibilidad de fijar diferente nota de corte para el turno de discapacitados, porque es correcta la aplicación que la [REDACTED]

[REDACTED] ha fijado como doctrina "Que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que prevén diversos turnos independientes para la provisión de plazas con idéntico cometido, la regla general será la igualdad en cuanto al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución si obedece a razones objetivas y atendibles en función de las circunstancias que concurren en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los distintos turnos.". Para ello, decíamos:

"QUINTO.- Pues bien, sobre si la regla que limita el número máximo de opositores que puedan pasar a la fase de concurso, la denominada "regla limitativa", debe ser la misma, o puede ser diferente, a cada uno de los turnos de acceso en un mismo concurso oposición, que es la cuestión identificada por esta [REDACTED] debemos señalar que en nuestra jurisprudencia no existe contradicción alguna al respecto, toda vez que en [REDACTED] "La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, ha de coincidir con el recurso en que esa diferencia de trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución .

Abundando en lo anterior, ha de decirse que si, en el turno de promoción interna, se dispone que con una determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional a cuya constatación está dirigida dicha parte del proceso selectivo, y ello es bastante para pasar a la fase de valoración de méritos, no se alcanza a ver qué razón puede justificar que se proceda de manera distinta en el turno libre"

Y [REDACTED] que "Es decir, esta Sala no se decantó tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados, promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103".

De modo que, desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró, en ambas sentencias, es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente. Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación. Sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo.



No existe contradicción, por tanto, en nuestra jurisprudencia, desde el punto de vista de los criterios de aplicación, [REDACTED], sin perjuicio de las disfunciones que hayan podido derivarse en el plano de su ejecución, aparecidas al tratarse de un mismo concurso oposición y de los efectos limitados de la primera sentencia.

En definitiva, la sentencia impugnada se debió centrar en aplicar dicha doctrina, derivada de las dos sentencias de tanta cita, sobre la igualdad en el acceso a la función pública, ex artículo 23.2 de la CE, que comporta que dichas reglas limitativas no son exigibles en ningún turno o lo serán en todos, siempre que la Administración no haya proporcionado oportunamente, es decir, al momento de establecer dicha limitación y no en un proceso judicial posterior, esa justificación suficiente. De modo que el examen sobre el acierto de la diferencia de trato entre los turnos de acceso que hace la sentencia, basado en lo alegado en el proceso, resulta contrario a nuestra jurisprudencia."

Retornando al supuesto que nos ocupa en estas actuaciones y de lo que recogía el expediente administrativo, nunca impugnado en su autenticidad, la Base 33 de la convocatoria sobre la calificación de los ejercicios que "Los ejercicios de la oposición serán calificados por cada miembro del tribunal otorgando una puntuación de 0 a 10 puntos. La calificación de cada prueba será la media aritmética de las puntuaciones otorgadas por los miembros del tribunal, quedando eliminado el/la opositor/a que no alcance un mínimo de 5 puntos. Los aspirantes deberán conocer con carácter previo a la realización de los ejercicios el valor de cada una de sus partes, en el supuesto de que estén integrados por varios temas, cuestiones, preguntas, supuestos, actividades, etc, a contestar o realizar. Asimismo, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual sea la puntuación mínima exigida para aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a 5 puntos". A su vez, **la Base 36 de la convocatoria** proclamaba que "En todas las convocatorias cuyo sistema de selección sea la oposición, esta se desarrollará de acuerdo con lo previsto en los correspondientes anexos que en todo caso habrán de respetar los siguientes mínimos: a) En toda fase de oposición existirá, al menos, un ejercicio práctico. El tribunal determinará en el anuncio correspondiente la fecha de realización de este ejercicio, el posible uso de textos de consulta y material específico durante el desarrollo de la prueba, en la que se valorará especialmente la capacidad de raciocinio, la sistemática en el planteamiento, la formulación de conclusiones, la adecuada interpretación de los conocimientos y la correcta utilización de la normativa vigente aplicable al ejercicio práctico. No obstante, lo anterior, los anexos de cada convocatoria podrán establecer para este ejercicio las peculiaridades propias de las plazas a cubrir. El tribunal para su elaboración se reunirá inmediatamente antes e su realización con objeto de confeccionar la prueba correspondiente, que quedará bajo la custodia del Secretario/a del tribunal.....". Y el apartado d) de la misma base 36, que resulta de interés al supuesto objeto de la presente contienda, al referirse al examen tipo test, como el que realizó la recurrente, dispone "d) Cuando el ejercicio consista en una prueba tipo test con respuestas alternativas, el tribunal para su elaboración se reunirá inmediatamente antes de su realización, confeccionando un original de la prueba que quedará bajo la custodia del Secretario/a del tribunal. Las preguntas formuladas se ajustarán al temario y al nivel de la convocatoria respectiva, debiendo ser claras en su formulación. De las respuestas alternativas ofrecidas, solamente una podrá ser considerada válida. El tribunal, antes de la realización del ejercicio tipo test, deberá informar a los aspirantes si las respuestas en blanco, las erróneas y/o las respuestas incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) serán penalizadas en la calificación del ejercicio, debiendo cuantificar la incidencia de dicha penalización sobre el número de respuestas correctas o sobre su valor, considerando en el caso de fracciones, la reducción proporcional. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada



aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal. El tribunal adoptará acuerdo haciendo pública la plantilla con las respuestas correctas y los interesados podrán formular en el plazo de tres días hábiles las alegaciones sobre el cuestionario que estimen oportunas, considerándose definitivo el acuerdo de resolución sobre las mismas que adopte el tribunal. Los aspirantes podrán llevarse el cuestionario del examen. Cuando un ejercicio sea realizado por escrito, el mismo será leído públicamente por los/as aspirantes, pudiendo asistir aquellos que lo hayan realizado. No obstante, el tribunal podrá decidir que sea leído por sus miembros y no públicamente, en cuyo caso este deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el secreto en la identidad e los/as opositores. Tras la lectura o exposición de los ejercicios realizados, el tribunal podrá solicitar alguna aclaración al aspirante sobre el mismo". En el Anexo 3 para los años 2018, 2019 y 2020, se establecían las particularidades referentes a la convocatoria de 39 plazas de auxiliar de administración general, convocatoria a que se refiere el presente recurso, en cuyo apartado 3 se dispone que habrá 2 ejercicios, un tipo test de carácter obligatorio y eliminatorio y un supuesto práctico, disponiéndose el número de preguntas (60) y de las respuestas alternativas, de las que solo una será la correcta. Asimismo, se determinaba el tiempo de duración de los ejercicios, que serían calificados de 0 a 10 puntos, siendo necesario obtener al menos 5 puntos para superarlo. Lo dispuesto en el Anexo 3 resulta por tanto desarrollo de la Base General 36 d) que antes ha sido transcrita, sin que suponga ninguna contradicción a la misma o modificación de su contenido, sino de mero desarrollo, y constando su publicación en el BOP de Málaga.

A su vez, las Actas nº 16 y 17 establecían las disposiciones referentes al segundo ejercicio, esto es, el caso práctico. Y lo que era más relevante al sustentar la recurrente su argumentación en el cambio subrepticio y sin previa publicidad por parte del Tribunal Calificador, **el Anuncio nº 10 de fecha 29 de septiembre de 2021, contiene la descripción del ejercicio, referente al tipo test, convocado para su celebración el 2 de octubre de 2021**, haciendo constar que el ejercicio constaría de 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a, b, c y d), siendo una de ellas la correcta. Igualmente se proclamaba que las preguntas dejadas en blanco no tendrían incidencia alguna, y las erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada dos incorrectas. Y también se aportó nota aclaratoria del anterior Anuncio nº 10 en el que se añade, en relación a las preguntas incorrectamente cumplimentadas y/o erróneas que, restaran el valor de 1 respuesta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en el caso de fracciones la reducción proporcional.

Añadiendo que la puntuación de cada aspirante se correspondería con el número de respuestas netas acertadas, esto es, descontadas las no acertadas, las dejadas en blanco y/o las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal, lo que coincide también con lo establecido en la Base 36 d) de la convocatoria. **Dicha nota se fija antes de conocer la identidad de los aspirantes conforme a lo establecido también en las Bases de la convocatoria.** Teniendo en cuenta la nota mínima fijada para aprobar el ejercicio, tras la corrección de los ejercicios aplicando los criterios establecidos al efecto en el Anuncio nº 10 de 29 de septiembre de 2021, se aprobó el Acta nº 24 con la relación de aspirantes aptos y no aptos.

Este juzgador en la presente instancia entiende el desaliento de la allí participante y aquí recurrente al haberse quedado tan cerca de aprobar el segundo ejercicio. Pero, atendiendo a la prueba



practicada, puesto que, además de que no se pugnó la autenticidad de los elementos documentales del expediente administrativo, y teniendo en mente la presunción de legalidad de que gozan los actos de la administración (art. 39 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre), resulta que la prueba practicada no ha desvirtuado dicha presunción en modo alguno, más bien al contrario, pues efectivamente consta como la nota mínima fijada para aprobar el ejercicio resulta conforme con la Base 33 de la convocatoria, no existiendo por tanto modificación alguna de dicha nota como se afirma por la parte recurrente. Tampoco existe vulneración de las bases de la convocatoria al fijar el tribunal los criterios de puntuación en relación a las preguntas dejadas en blanco o las incorrectamente cumplimentadas, por cuanto, como se ha dicho antes, en la base 36 d) de la convocatoria se dispone que “La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal.”. Del anterior párrafo, se extrae sin duda alguna, que el tribunal debía fijar los criterios de penalización, y así lo hizo en el referido Anuncio nº 10 de 29 de septiembre de 2021. Tampoco pueden entenderse vulnerados los principios de publicidad y transparencia pues, como ha quedado antes dicho, de la documental aportada por el Ayuntamiento, consta probada la publicación del Anuncio nº 10 que fija los criterios de penalización.

Por todo lo expuesto, las razones y argumentos dados en la resolución-Acuerdo de la Junta Gobierno Local al desestimar el recurso de la recurrente eran más que suficientes y acertadas para denegar la pretensión de la parte actora. Este recurso no es más que una reiteración de las alegaciones que el recurrente realizó en la vía administrativa y que tuvieron cumplida respuesta en la resolución recurrida en su fundamentación, siendo que en la demanda presentada la parte recurrente no logra destruir la presunción de validez del acto impugnado y, por tanto, el mismo ha de ser confirmado. Así lo ha entendido la jurisprudencia, pudiendo citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 1.992, que ante similares planteamientos en reiteración de los expuestos en vía administrativa afirma: *“Aun sin desconocer la amplitud del criterio de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa... cuando la resolución recurrida contiene, como en este caso, un minucioso análisis de los razonamientos críticos del recurrente en vía administrativa, y cuando además de minucioso, dicho análisis tiene la solidez jurídica y conceptual de la que hace gala la recurrida, y es de por sí absolutamente convincente y adecuada, como solución justa del caso, la simple actitud de reproducir en vía jurisdiccional las alegaciones y argumentos analizados y rechazados en la resolución recurrida, sin tratar de impugnar su fundamentación, supone sin duda un vacío de fundamentación del recurso contencioso-administrativo, en cuanto en él se está impugnando un concreto acto; de ahí que en tales circunstancias baste con hacer propias como aquí hacemos las argumentaciones no desvirtuadas de la resolución recurrida para desestimar solo con base en ellas el recurso contencioso-administrativo”*. Por último indicar sobre la aludida falta de motivación de la modificación de la puntuación que, no se ha producido dicha modificación, habiéndose aplicado para la corrección de los ejercicios los criterios de penalización previamente aprobados en el Anuncio nº 10, y así resulta del Anuncio nº 24, sin que tampoco exista una valoración distintas de unas preguntas sobre otras, teniendo todas las preguntas la misma valoración si bien, teniendo en cuenta que, sobre la puntuación de las preguntas acertadas hay que aplicar las penalizaciones establecidas por el tribunal para las incorrectas y/o erróneamente cumplimentadas, debiendo atender a la “nota neta” para la determinación de los aptos y no aptos, conforme a lo establecido en las Bases generales de la convocatoria.

En consecuencia, estimándose conforme a derecho las resoluciones calificadoras y el Acuerdo de la Junta Gobierno Local alcanzados por el Ayuntamiento de Málaga, procede la completa desestimación del recurso contencioso y todas y cada una de sus pretensiones sin necesidad de más razones.



SEXTO.- Para concluir, de conformidad con la redacción del art.139.1 de la Ley Adjetiva al tiempo de interposición de la demanda, el principio general es el de la imposición conforme el criterio del vencimiento objetivo. La [REDACTED]

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

Que en el Procedimiento Abreviado 117/2022, **debo DESESTIMAR y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Díaz actuando en nombre y representación de [REDACTED] contra la resolución y Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga identificado en los Hechos de esta resolución, representada la administración municipal por la Letrada Sra. Pernía Payarés, al ser los mismos conforme a derecho: debiendo mantener por ello todo su contenido y eficacia. [REDACTED]

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma, atendida las cuantías individuales de cada una tomadas en consideración al tiempo de la concreción de la cuantía, cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y **aclaración** en el de dos días ante este Juzgado.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieren exentas, deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente [REDACTED]

[REDACTED] lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación y todo ello, además, con el cumplimiento del pago de tasas judiciales IMPUESTAS por el legislador a los procesos judiciales.

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.





Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

