



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **17/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de enero de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 27 de noviembre de 2013, sobre revisión de oficio instada por x, y, z, contra la Resolución de 29 de abril de 2010, de la Comisión de Selección del procedimiento extraordinario para la provisión de puestos del Cuerpo Técnico, Opción Valorador de Dependencia, por la que se publican las puntuaciones definitivas de los aspirantes a dicho procedimiento (expte. **400/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Orden de 12 de febrero de 2010, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, se convoca procedimiento extraordinario para la provisión de puestos del Cuerpo Técnico, opción Técnico Valorador en Dependencia de la Administración regional, mediante nombramiento de personal interino o contratación laboral temporal, fijando asimismo las bases específicas por las que se regiría el procedimiento. Éste, además, queda sujeto a lo establecido en la Orden de 27 de julio de 2001, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la selección de personal interino y laboral temporal de la Administración Pública de la Región de Murcia.

Para posibilitar la valoración de los aspirantes, el Anexo III de la Orden de convocatoria establece un baremo de méritos divididos en tres bloques (A-Méritos Académicos; B-Méritos Profesionales; y C-Otros Méritos). Los Bloques A y B, a su vez, se subdividen en méritos concretos, con indicación de las puntuaciones máximas alcanzables por cada uno de tales méritos.

SEGUNDO.- El 12 de abril de 2010 se publica la resolución provisional del procedimiento, según la cual hay cinco aspirantes empatados a 54 puntos, conforme al siguiente desglose de puntuación individualizada por cada mérito:

- x, 54 puntos (A1-2 puntos; B1-45 puntos y C1-7 puntos).

- x, 54 puntos (A1-2 puntos; B1-45 puntos y C1-7 puntos).

- x, 54 puntos (A1-2 puntos; B1-45 puntos y C1-7 puntos).

- x, 54 puntos (A1-1,5 puntos, A5-0,5 puntos; B1-45 puntos y C1-7 puntos).

- x, 54 puntos (A1-1,5 puntos, A5-0,5 puntos; B1-45 puntos y C1-7 puntos).

TERCERO.- El 29 de abril se publica la resolución definitiva del procedimiento en la que se ordena a los aspirantes en atención a la puntuación. Los cinco aspirantes que obtuvieron 54 puntos quedan en los puestos décimo al decimocuarto en el siguiente orden, que será el que determine la prioridad para los llamamientos:

- 10º.x.

- 11º.x.

- 12º.x.

- 13º.x.

- 14º.x.

CUARTO.- Con fecha 29 de abril de 2013, x presenta solicitud de revisión de oficio de la Resolución Definitiva reseñada en el Antecedente Tercero de este Dictamen, al considerar que incurre en las causas de nulidad establecidas por el artículo 62.1, letras a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Alega el actor que, ante la igualdad de puntuación total entre los aspirantes, debieron aplicarse los criterios de desempate establecidos en la Orden de 27 de julio de 2001, cuyo artículo 6.3 dispone que, en caso de igualdad de puntuación, se resolverá por la obtenida en los distintos apartados de los méritos profesionales, según el orden de los mismos en el baremo correspondiente. Si aún así persiste la igualdad, se atenderá a la puntuación alcanzada en los distintos apartados de los méritos académicos según el orden de los mismos en el citado baremo.

De aplicar tales criterios, el actor debería quedar en la relación priorizada de aspirantes por delante de aquellas que en la resolución definitiva impugnada ocupan los puestos décimo y undécimo de la lista, pues a igualdad de puntuación en los méritos profesionales (45 puntos) debe acudir a los méritos académicos y según el orden que constan en el baremo, siendo así que el actor fue valorado en el apartado A1 con dos puntos, mientras que las dos aspirantes que le preceden en la lista sólo obtuvieron 1,5 puntos por ese apartado.

Considera el actor que la resolución definitiva vulnera el derecho establecido en el artículo 23.2 de la Constitución al derecho a la promoción profesional y carrera administrativa del funcionario de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Asimismo, entiende que la resolución se habría adoptado con omisión del procedimiento legalmente establecido, por lo que estaría incurso en las dos causas de nulidad antes indicadas.

Solicita la revisión de oficio de la resolución impugnada y que se modifique el listado de aspirantes.

QUINTO.- El 2 de mayo presentan sendas solicitudes de revisión de oficio -idénticas en objeto, fundamentación y pretensión a la de x- otros dos aspirantes que se encuentran en las posiciones 12ª y 14ª en la lista: x,y.

SEXTO.- El 9 de mayo, el Servicio de Selección de la Dirección General de Función Pública y Calidad de los Servicios emite informe según el cual, una vez revisadas las puntuaciones obtenidas por apartados del baremo, los tres actores "*deben quedar por delante de*" las aspirantes x, y.

SÉPTIMO.- Por acuerdo de 10 de mayo, notificado el 19 del mismo mes, se confiere trámite de audiencia a las dos aspirantes que, de estimarse las solicitudes de revisión presentadas, se verían desplazadas en la lista, sin que conste que hayan hecho uso del mismo.

OCTAVO.- Con fecha 18 de junio de 2013, el Servicio Jurídico de la Dirección General de Función Pública y Calidad de los Servicios emite informe-propuesta estimatorio de las acciones de nulidad ejercitadas, al considerar que la incorrecta aplicación de los criterios de desempate establecidos en las normas rectoras del procedimiento selectivo determinan la vulneración del derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad y, en consecuencia, la resolución impugnada estaría incurso en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1, letra a) LPAC. Rechaza, por el contrario, la concurrencia de la segunda causa de nulidad invocada, pues no aprecia que se haya contravenido norma de procedimiento alguna.

Asimismo, señala que los aspirantes x, y, z, deben quedar en los números de orden 10, 11 y 12, respectivamente, de la relación de aspirantes, mientras que las x, y, quedan relegadas a los puestos 13 y 14 respectivamente.

NOVENO.- El 4 de octubre, el Servicio Jurídico de la Consejería de Economía y Hacienda informa favorablemente la propuesta estimatoria formulada por la Dirección General de Función Pública y Calidad de los Servicios.

DÉCIMO.- Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, lo emite el 4 de noviembre, en idéntico sentido estimatorio y con fundamentación similar a la de los informes jurídicos precedentes.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de noviembre de 2013.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y determinante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

SEGUNDA.- Del procedimiento.

1. Legitimación activa.

La revisión de oficio ha sido instada por tres aspirantes a la condición de funcionario interino o personal laboral de la Administración regional, frente al acto por el que se constituye la relación priorizada de aspirantes que ha de utilizar la Administración para efectuar los correspondientes llamamientos. En la medida que lo que se pretende es la declaración de nulidad parcial de la indicada resolución y la alteración del orden de priorización de los aspirantes, con la evidente repercusión que ello tiene en las posibilidades de acceder a la condición de empleado público, ha de reconocerse legitimación activa a los actores.

2. Acto impugnado y requisito temporal.

El acto administrativo impugnado por los interesados mediante la acción de nulidad que da lugar al presente procedimiento de revisión de oficio es la Resolución Definitiva de la Comisión de Selección del Procedimiento extraordinario convocado por Orden de 12 de febrero de 2010, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, para la provisión de puestos de trabajo del Cuerpo Técnico, Opción Valorador en Dependencia, por la que se publica la relación de aspirantes que constituyen la Lista de Espera del Cuerpo y opción indicados, por orden de la puntuación alcanzada, constando en la misma el número de orden, apellidos, nombre, DNI y puntuación de cada uno de ellos.

Este acto pone fin al procedimiento selectivo en el que se integra, conforme a lo establecido en el artículo 25.5 de la Orden de 27 de julio de 2001. En efecto, a diferencia del procedimiento ordinario para la constitución de las listas de espera, en el que el órgano convocante del procedimiento selectivo ha de dictar una resolución de entrada en vigor de aquélla (art. 17.2), en el procedimiento extraordinario, como es el que dio lugar a la lista de aspirantes contra la que se dirigen los actores, no se prevé tal resolución, sino que será la definitiva dictada por la propia Comisión de Selección la que podrá ser utilizada directamente para efectuar los llamamientos (art. 25.5).

El artículo 27 de la tan repetida Orden de 27 de julio de 2001, por su parte, prevé expresamente que la Administración podrá proceder a la revisión de las Resoluciones de la Comisión de Selección, conforme a lo previsto en la LPAC. El artículo 102.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas declararán de oficio la

nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos del artículo 62.1 de la misma.

De apreciarse motivo de nulidad, no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de aquélla puede efectuarse en cualquier momento, siendo imprescriptible el ejercicio de la acción.

3. Procedimiento.

La revisión de oficio se ha iniciado a instancia de parte y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia a los interesados, se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos y se ha formulado propuesta de resolución, previa acumulación de los tres procedimientos de revisión de oficio incoados.

TERCERA.- La causa de nulidad consistente en la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

Para los actores, la incorrecta aplicación de los criterios de desempate fijados por las normas rectoras del procedimiento selectivo ha determinado una vulneración de los derechos recogidos en el artículo 23.2 CE.

La ubicación de este precepto en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª de la Ley Fundamental lo hace susceptible de amparo constitucional, de conformidad con el artículo 53.2 CE y, en consecuencia, su eventual vulneración sería determinante de la nulidad del acto cuya revisión se solicita.

El artículo 23.2 CE establece que los ciudadanos *"tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes"*. Si bien, en un primer momento, la doctrina constitucional fue algo vacilante a la hora de establecer el ámbito de este precepto y determinar si tenían cabida en él las funciones públicas de carácter profesional propias de los empleados públicos o si únicamente era aplicable al acceso a los cargos de representación política, el Alto Tribunal se decantó por entender que este derecho fundamental se proyecta sobre ambos tipos de función, aunque, en relación a los empleados públicos, únicamente es predicable de aquellos que mantienen con la Administración una relación estatutaria o funcionarial, no de carácter contractual laboral. Así, la STC 86/2004, señala expresamente que *"las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103,3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario"*.

Este derecho ha sido calificado por la doctrina constitucional como de configuración legal y de carácter puramente reaccional, pues el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001, 137/2004, ó 30/2008, entre otras). La doctrina constitucional señala, asimismo, que este precepto no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, de forma que sólo cuando

la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho que reconoce el artículo 23.2 CE (ATC 16/2010). Nos encontramos, por tanto, ante un derecho de igualdad *lex specialis*, respecto del principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, cuyo contenido puede sintetizarse en el siguiente:

a) Predeterminación normativa del procedimiento de acceso a la función pública.

b) Igualdad en la Ley, de forma que las normas rectoras de los procedimientos de acceso aseguren una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo el establecimiento de requisitos discriminatorios o referencias individualizadas o *ad personam* y no estrictamente referidos a los principios de mérito y capacidad.

c) Igualdad en la aplicación de la Ley, de manera que las normas que regulan las pruebas selectivas se apliquen por igual a todos los interesados.

El derecho proclamado en el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual. Las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan, por tanto, no sólo a las propias leyes sino también a su aplicación e interpretación (STC 10/1998, de 13 de enero).

En este sentido, *"si bien el derecho fundamental del artículo 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública (...) el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige, como asimismo se afirma, la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. En otros términos, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase (STC 73/1998, FJ 3º, que reitera la doctrina contenida en la número 115/1996)".*

Centrándonos en esta tercera manifestación del derecho fundamental estudiado, la igualdad en la aplicación de la Ley ha de interpretarse en el sentido de otorgar el mismo trato a todos los participantes durante el desarrollo de la selección del personal. Del mismo modo, no toda vulneración de las bases del procedimiento selectivo constituye una vulneración del derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, sino sólo cuando esa violación de las bases implique, a su vez, una quiebra de la igualdad de los participantes, porque exista una injustificada diferencia de trato entre éstos.

La aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta exige una primera puntualización respecto a los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 CE, toda vez que no están formalmente recogidos dentro de la regulación que la Constitución dedica a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que podría hacer dudar acerca de su invocabilidad en el presente expediente.

Ocorre, no obstante, que el Tribunal Constitucional ha dejado ya establecido en una temprana y reiterada doctrina (Sentencia 50/1986, de 23 de abril, y Auto 205/1990, de 17 de mayo) que *"existe una necesaria relación recíproca entre los artículos 23, número 2, y 103, número 3, de la Constitución, de donde se sigue que el primero de ellos impone la obligación de no exigir para el acceso a las funciones y cargos públicos requisito o condición que no sea referible a los aludidos principios de capacidad y mérito. Proyectados, pues, tales principios en la esfera del derecho fundamental recogido por el artículo 23, número 2, de la Constitución, no existe objeción alguna que oponer a que puedan surtir sus efectos en el expediente ahora considerado"* (Dictamen del Consejo de Estado 1059/1992).

En el presente caso, adquiere singular relevancia la errónea aplicación de los criterios de desempate establecidos por las normas reguladoras de la convocatoria. El artículo 6.3 de la Orden de 27 de julio de 2001 es del siguiente tenor literal:

"En caso de igualdad de puntuación de los aspirantes, se resolverá por la puntuación obtenida en los distintos apartados de los méritos profesionales, según el orden de los mismos en el baremo correspondiente. Si persiste la igualdad, se atenderá a la puntuación alcanzada en los distintos apartados de los méritos académicos según el orden de los mismos en el citado baremo. Si estos criterios no fuesen suficientes para resolver el empate se acudirá al sorteo".

Estos criterios ofrecen una referencia objetiva para priorizar a los participantes en atención al mérito y capacidad, cuando obtienen una puntuación global idéntica. Esta predeterminación normativa para la resolución de los empates, en definitiva, permite evitar la arbitrariedad.

Por ello, cuando no se aplican correctamente tales criterios, se vulneran no sólo los principios de mérito y capacidad que los informan, sino también y de forma sustancial el principio de igualdad, toda vez que al relegar a los actores en el orden de prelación para los llamamientos, de forma injustificada se pretirió en el acceso a la función pública a quienes ostentaban mejor derecho. Y es que, dada la igualdad que persistía tras la valoración de los méritos profesionales, hubo de acudirse a la mayor puntuación en el primero de los méritos académicos, el designado como A1, en el que cada uno de los tres actores obtuvo 2 puntos, frente al 1,5 que consiguieron las otras aspirantes.

En consecuencia, se favoreció a x, y sin una justificación objetiva y razonable basada en los principios de mérito y capacidad, lo que permite calificar su lugar preferente en la lista de aspirantes como contrario al derecho de acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial de la resolución impugnada, únicamente en lo relativo al orden de priorización de los cinco aspirantes que resultaron con una puntuación total de 54 puntos, conservando el resto de la resolución impugnada.

CUARTA.- La causa de nulidad consistente en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Como punto de partida, ha de recordarse la constante doctrina según la cual para que opere esta causa de nulidad, el empleo de los dos adverbios que utiliza el artículo 62.1, letra e) LPAC "total y absolutamente" recalca *"la necesidad de que se haya prescindido por entero, de un modo manifiesto y terminante, del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo; o bien de algunos de sus trámites esenciales que se pueda equiparar a esa omisión total"* (Dictamen del Consejo de Estado 670/2009). Y es que, en la interpretación estricta que demanda esta causa de nulidad, ha de ser puesta en relación con la función de garantía inherente a la exigencia de que el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, a la vez garantía de los ciudadanos y del interés público. Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva, en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites, como que no se hayan respetado los principios o reglas esenciales que informan el procedimiento (Dictamen del Consejo de Estado 2183/2003).

Comparte el Consejo Jurídico el criterio reflejado en la propuesta de resolución de que el acto impugnado no incurre en la causa de nulidad alegada, toda vez que la incorrecta aplicación de los criterios de desempate no conlleva una infracción de norma procedimental o rituarial alguna, sino de carácter sustantivo. La resolución de la Comisión de Selección se dicta conforme al procedimiento establecido en los artículos 21 y siguientes de la Orden de 27 de julio de 2001, en razón a lo cual no puede afirmarse que se haya apartado del procedimiento legalmente establecido, por lo que esta alegación ha de ser desestimada.

QUINTA.- El orden definitivo de los aspirantes.

La propuesta de resolución, tras estimar parcialmente las acciones de nulidad formuladas, establece el orden de los aspirantes en la lista de llamamientos, pero no establece en qué se basa para efectuar la priorización de unos aspirantes sobre otros, en especial, entre los actores, quienes presentan una igualdad absoluta en cuanto a méritos y puntuaciones, conforme refleja el informe del Servicio de Selección (folio 36 del expediente). En tales casos, habría de aplicarse el criterio residual de desempate que es el sorteo (artículo 6.3 de la Orden de 27 de julio de 2001), sin que conste que haya sido realizado en el presente supuesto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la nulidad parcial de la resolución impugnada, en los términos indicados en la Consideración Cuarta de este Dictamen, al considerarla está incurso en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1, letra a) LPAC.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en la medida en que efectúa una

reordenación de los aspirantes, sin que esté acreditado en el expediente que se haya realizado el sorteo que exigen las normas reguladoras del procedimiento selectivo como criterio residual de desempate.

No obstante, V.E. resolverá.

