

Notificado el 23.12.2015

51093

**RECURSO CASACION Num.: 2803/2014**

**Votación: 28/10/2015**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Nicolás Maurandi Guillén**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián**

## SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: SÉPTIMA

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jorge RODRÍGUEZ-Zapata Pérez**

**Magistrados:**

**D. José Manuel Sieira Míguez**

**D. Nicolás Maurandi Guillén**

**D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva**

**D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo**

**D. José Díaz Delgado**

---

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, los dos recursos de casación que con el núm. 2803/2014 ante la misma penden de resolución, interpuestos, uno por doña / sus litisconsortes que más adelante se

indicarán, representados por el Procurador don \_\_\_\_\_ y el otro por doña \_\_\_\_\_ y sus litisconsortes que luego también se expresarán, representados por el Procurador don \_\_\_\_\_, contra la sentencia de 20 de junio de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en el recurso núm. 8/2014).

Habiendo sido partes recurridas, la GENERALITAT VALENCIANA, representada por el Abogado de sus Servicios jurídicos; y doña \_\_\_\_\_, representada por la Procuradora doña \_\_\_\_\_

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

**«FALLAMOS:**

*Desestimamos la concurrencia de causa de inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento de la vía administrativa.*

*Estimamos el recurso interpuesto por la Procuradora doña \_\_\_\_\_, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, contra la Resolución de 19 de diciembre de 2013, la que declaramos contraria Derecho y anulamos, dejándola sin efecto con las consecuencias expresadas en el Fundamento Sexto (rectificación de la relación de partícipes que superaron el primer ejercicio comprendiendo sólo, con la puntuación que corresponda, a los opositores que, por el turno libre, obtuvieron 28 respuestas netas equivalentes a 25 puntos, 23,50 para la modalidad 2 de promoción interna y 26,30 para la modalidad de promoción interna 3, que son los que deben convocarse para la realización del segundo ejercicio, afectando a todos ellos esta sentencia, de modo que, rectificado el listado definitivo, deberán ser convocados para la realización del mismo).*

*Imponemos a la Administración demandada las costas causadas por la actora».*



**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, se presentó escrito de preparación de recurso de casación por la representación procesal de las siguientes personas:

**TERCERO.-** La Sala de instancia tuvo por preparados los recursos de casación y acordó se remitieran las actuaciones a este Tribunal, con emplazamiento de las partes.

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones, la representación procesal de doña \_\_\_\_\_ y sus litisconsortes presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras desarrollar los motivos en que se apoyaba, terminaba así:

*«**SUPLICA A LA SALA** que (...) se tenga por **INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN** (...) y, previos los tramites legales oportunos, se dicte Sentencia estimando nuestras pretensiones y por ello se desestime la demanda inicial».*

**QUINTO.-** La representación procesal de doña \_\_\_\_\_ sus litisconsortes también presentó su escrito de interposición del recurso de casación que, después de invocar sus motivos, finalizaba en estos términos:

*«**SUPLICA A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO** que (...) tenga por interpuesto recurso de casación (...) y, en su día, tras los tramites pertinentes, en virtud a cuanto ha quedado expuesto, dicte sentencia por la que se estime este recurso y se revoque la sentencia recurrida».*

**SEXTO.-** La GENERALITAT VALENCIANA, en el trámite de oposición que le fue conferido, presentó un escrito en el que hizo constar que se abstenía de presentar escrito de oposición.

**SÉPTIMO.-** La representación de doña . se opuso al recurso mediante un escrito en el que, después de alegar lo que convino a su derecho, pidió:

*«(...) teniendo por formulada OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, en su día se dicte resolución por la que, desestimando el recurso de casación interpuesto, se confirme la sentencia (...), con imposición de costas a las recurrentes».*

**OCTAVO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 28 de octubre de 2015; pero la deliberación hubo de continuarse en una fecha posterior debido al elevado número de asuntos conocidos por la Sección y a la complejidad de algunos de ellos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN**, Magistrado de la Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La resolución de 24 de marzo de 2011 del Director de Servicios de la Conselleria de Sanidad convocó concurso oposición para la provisión de vacantes enfermeros/as de instituciones sanitarias dependientes de la referida Consellería.

Las bases de esta convocatoria establecían, entre otras cosas, lo siguiente:

## **«6. Desarrollo de la convocatoria.**

*Las pruebas selectivas por el sistema de concurso oposición consistirán en la celebración de cada una de esas fases, a fin de determinar la aptitud de los aspirantes y de fijar el orden de prelación de los mismos para la selección.*

*6.1. La fase de oposición supondrá a realización por los aspirantes de dos ejercicios.*

*6.1.1. El primer ejercicio consistirá en la contestación por escrito, en el plazo máximo de una hora, de un cuestionario de preguntas sobre el contenido de los 38 temas que se incluyen como anexo II (...).*

*6.1.4. Será competencia del Tribunal la determinación concreta del número de preguntas que será necesario contestar adecuadamente para alcanzar los 25 puntos requeridos para la superación de cada ejercicio. Estos criterios serán comunicados durante la lectura de instrucciones para la realización de cada prueba.*

*(...).*

## **8. Recursos.**

*La presente convocatoria, sus bases y cuantos actos administrativos sean dictados en su ejecución podrán ser impugnados por los interesados mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, en el plazo de dos meses, contados a partir de la publicación del acto recurrido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (...) y potestativamente podrán interponer el recurso de reposición, en el plazo de un mes...*

*Contra las resoluciones y los actos de trámite dictados por el tribunal que ha de juzgar el concurso-oposición, podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes (artículos 107 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)».*

La sentencia de instancia deja constancia de estas actuaciones posteriores (en su fundamento de derecho FJ quinto):

*«Por **Acuerdo del Tribunal de 24 de junio de 2013** (Acta nº 23 Bis, fol. 22) se fijó el número de preguntas acertadas necesarias para obtener los 25 puntos en el primer ejercicio: a) 28 netas para el turno libre; b) 23,50 para la modalidad 2 de promoción interna; y c) 26,30 para la modalidad de promoción interna 3. Así se comunicó en las correspondientes Instrucciones antes de la realización del ejercicio (fols. 26, 28 y 31).*

*Celebrado el ejercicio y a la vista del resultado obtenido, por **Acuerdo de 23 de septiembre de 2013** (fol. 51) el Tribunal modificó el número de respuestas netas necesarias para obtener los 25 puntos fijados en la citada Base como puntuación mínima para superarlo, estableciendo 25 respuestas netas para el turno libre, 21 para la modalidad 2 de promoción interna, y 23,50 para la modalidad 3, con fundamento en la satisfacción de las necesidades de la organización sanitaria por las cuales se inició y desarrolló este proceso selectivo, no vulneración de los derechos de los opositores, el gran número de alegaciones presentadas solicitando que se adopte como nota corte la media aritmética que suponga la mitad de las preguntas formuladas en el examen, así como la existencia de antecedentes en otros procesos selectivos de la misma oferta de empleo y de ofertas anteriores. Decisión que se amparó en lo dispuesto en la Base 6.1.4.».*

El proceso de instancia fue iniciado por doña  
, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de 19 de diciembre de 2013 del tribunal calificador que aprobó la relación definitiva de los participantes que habían aprobado el primer ejercicio.

La sentencia aquí recurrida, en primer lugar, desestimó la causa de inadmisibilidad que había sido excepcionada sobre la base de la falta de agotamiento de la vía administrativa.

En segundo lugar, estimó el anterior recurso jurisdiccional y anuló la resolución administrativa impugnada con este alcance:

*«(...) con las consecuencias expresadas en el Fundamento Sexto (rectificación de la relación de partícipes que superaron el primer ejercicio comprendiendo sólo, con la puntuación que corresponda, a los opositores que, por el turno libre, obtuvieron 28 respuestas netas equivalentes a 25 puntos, 23,50 para la modalidad 2 de promoción interna y 26,30 para la modalidad de promoción interna 3, que son los que deben convocarse para la realización del segundo ejercicio, afectando*

a todos ellos esta sentencia, de modo que, rectificado el listado definitivo, deberán ser convocados para la realización del mismo)».

Los dos recursos de casación que aquí han de examinarse han sido interpuestos, uno, por doña [redacted] y sus litisconsortes, y el otro por doña [redacted] y sus litisconsortes.

**SEGUNDO.-** La sentencia recurrida para rechazar la inadmisibilidad razonó lo siguiente (FJ tercero):

*«En la contestación a la demanda por el Procurador don Carlos Javier Aznar Gómez, en la representación de ostenta, se alega, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso por no ser impugnabile la resolución recurrida a falta de agotamiento de la vía administrativa previa ( arts. 69 c) en relación con el 25 de la Ley Jurisdiccional , y 109 de la Ley 30/1992 ) al no haberse interpuesto contra la misma previo recurso de alzada conforme a lo establecido en la Base 8, tercer párrafo, puesta en relación con los arts. 107 y 114 de la Ley 30/1992 y 10 del Decreto 7/2003, de 28 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Generalitat.*

*Tal causa de inadmisibilidad no concurre porque, siendo cierto que contra los actos de trámite procedía interponer recurso de alzada, como establece la citada Base, no hay que ignorar que la misma dispone que "...podrá interponerse recurso de alzada" precisamente frente a actos, decisiones y resoluciones de trámite del Tribunal, sin embargo, el acto recurrido no tiene tal carácter ya que por su contenido, efectos y alcance propios, causa cierto estado al decidir la superación del primer ejercicio y el consiguiente pase al segundo, ambos de carácter eliminatorio, de llamamiento único y de participación competitiva y, por tanto, es decisivo respecto a la participación en el proceso selectivo y no, simplemente, un acto de mero trámite inserto en el procedimiento, sino especialmente cualificado por sus efectos, lo que, junto a la falta de indicación de recursos en la resolución recurrida y el régimen de impugnación establecido en la Base 8, párrafo primero, permite la interposición del recurso sin el de previa alzada al no impugnarse, como se ha dicho, un acto de trámite en sentido estricto, sino un acto que determina la posibilidad de participación en el segundo ejercicio de la fase de oposición, dotado, por tanto, de sustantividad propia y, por ende, susceptible de impugnación mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo; carácter cualificado y sustantivo que pone de manifiesto la determinación del número de partícipes en el segundo ejercicio también de carácter*

*eliminadorio, de llamamiento único y con puntuación mínima para superarlo, al igual que el primero, lo que implica una decisión parcial del proceso selectivo ( art. 25.1 de la Ley Jurisdiccional ) que incide directamente en la realización del segundo ejercicio mediante la fijación del número de partícipes que aprobaron el primero y pueden ser convocados para el segundo, como se ha dicho y conviene reiterar, por la importancia que tal número puede tener en su superación y, por tanto, de la fase de oposición. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho que, incluso los actos de trámite, pueden ser susceptibles de control jurisdiccional cuando decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto ( Sentencia de 20 de julio de 2012)».*

**TERCERO.-** La justificación de la decisión adoptada sobre la cuestión de fondo planteada, consistente en el pronunciamiento anuladorio contenido en el fallo, la explica la sentencia de Valencia en sus FFJJ quinto, sexto y séptimo, que se expresan así:

*«(...) . Dado el sentido inequívoco de la competencia atribuida al Tribunal por la Base 6.1.4 y de su decisión, en ejercicio de la misma, sobre las respuestas netas necesarias para obtener los 25 puntos requeridos para la superación de la prueba, comunicada a los partícipes en el proceso selectivo antes de la realización del primer ejercicio, es evidente que, teniendo en cuenta, además, el tipo de ejercicio ( cuestionario test con penalización por error ) y la incidencia en su realización y desarrollo del número de respuestas acertadas netas exigido para superarlo, la decisión de 23 de septiembre de 2013, no puede ampararse en la citada Base sino que la vulneró cuando era de obligado respeto y cumplimiento, modificando su anterior decisión a la vista del resultado del ejercicio y no, como se ha alegado, de la anulación de tres preguntas sustituidas por otras de reserva, lo cual, no suscitándose duda alguna sobre la interpretación y aplicación de la Base de que se trata, determina la anulación del correspondiente Acuerdo por vulneración del art. 63 de la Ley 30/1992 , no su nulidad por vulneración del art. 62.1. a) (TS. Sentencia de 25 de octubre de 2012 ) y, en consecuencia, del listado definitivo de los aspirantes que superaron el ejercicio, el que, por exigencia del derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones igualdad y en aplicación de la normativa propia del concurso-oposición (Bases), sólo puede relacionar, con la puntuación que corresponda, a los partícipes que, por el turno libre, obtuvieron 28 respuestas netas equivalentes a 25 puntos, 23,50 para la modalidad 2 de promoción interna y 26,30 para la modalidad de promoción interna 3, que son los que deben convocarse para la realización del segundo ejercicio, afectando a todos ellos esta sentencia, de modo que, rectificado el listado definitivo,*

*deberán ser convocados para la realización de dicho ejercicio prosiguiendo, así, el procedimiento selectivo.*

*(...). No es aplicable al caso el criterio mantenido por esta Sala en las citadas sentencias, 158/2012, de quince de febrero, y 72/2013, de seis de febrero, porque: a) En ambos casos, a diferencia de éste, el número de preguntas netas a obtener, equivalentes a 25 puntos, para superar el ejercicio se determinó en las bases de la convocatoria, y b) Su reducción proporcional por el Tribunal se debió, no a un cambio de criterio a la vista del resultado del ejercicio, sino a la anulación de varias preguntas sin la correspondiente sustitución por las de reserva.*

*Tampoco resultan aplicables los criterios jurisprudenciales que también se citan, porque en este caso, a diferencia de otras convocatorias, la "nota corte" la fijó la propia convocatoria, atribuyendo al Tribunal la determinación del número de preguntas netas equivalentes a tal nota antes de la realización del ejercicio y, por tanto, sin supeditación a su resultado.*

*La sujeción a la Ley, así como a la ley del concurso (bases), es ineludible en el proceso selectivo sin que la denominada "discrecionalidad técnica" de los tribunales u órganos de selección justifique la desvinculación de las correspondientes decisiones del criterio normativo aplicable cuya interpretación conforme a la realidad social del momento no autoriza, obviamente, a negar, ignorar o modificar la norma a través de su aplicación cuando, como en este caso, su sentido es claro interpretada literalmente, ni, tampoco, a amparar una decisión contraria a la norma so pretexto de su igual aplicación a todos los interesados porque, la igualdad es exigible dentro del marco normativo que rige el proceso selectivo, pero nunca sobre el presupuesto de su vulneración, como se aprecia en este caso, en el que también se constata la confusión del tribunal respecto a "nota corte" (la fijada en la propia convocatoria) y el número de respuestas netas acertadas para obtener la misma (el fijado por el propio tribunal antes de la realización del ejercicio).*

*Por último, conviene reiterar que las Bases, como norma o "ley" del concurso, vinculan tanto a los partícipes en el mismo, como a la Administración convocante y al tribunal nombrado, asimismo, también a esta Sala, en consecuencia, cuando el sentido y alcance de las mismas son literalmente ciertos e inequívocos respecto a la concreción y precisión del resultado para superar el ejercicio, el criterio aplicable es inmodificable por la concurrencia de circunstancias ajenas al propio proceso selectivo que, como es sabido, es de carácter reglado y, por tanto, no susceptible de variación por decisión del tribunal fundada en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, ni en la consideración de circunstancias ajenas al propio proceso selectivo, cual es la*

*consideración del resultado obtenido relacionado con el fin de la convocatoria, ignorando, omitiendo o infringiendo la aplicación de la normativa que lo rige y, por ello, el derecho de igualdad en el acceso de la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, no considerado en abstracto sino configurado específicamente en la normativa del propio proceso selectivo».*

**CUARTO.-** El recurso de casación de doña  
y sus litisconsortes invoca en su apoyo tres motivos, todos ellos formalizados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA).

I.- El primero denuncia la infracción de los artículos 69.c) y 25 de la LJCA, en relación con los artículos 109.a), 107.1 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC].

Lo que se critica en este motivo es el rechazo de la excepción de inadmisibilidad que decidió la sentencia de instancia, y la argumentación desarrollada con este fin es en esencia la que sigue.

Se recuerda la regulación contenida en esos artículos de la Ley 30/1992 en lo relativo a cuáles son los actos administrativos susceptibles de recurso de alzada y a que las resoluciones de los recursos alzada pone fin a la vía administrativa.

Se combate expresamente el criterio de la sentencia recurrida de considerar que, por tratarse de un acto de trámite con sustantividad propia, es susceptible de recurso jurisdiccional; y se dice al respecto que no se trata de negar la impugnación jurisdiccional de esa clase de actos administrativos sino de que se cumpla el cauce que la ley establece para que resulte admisible dicha impugnación jurisdiccional.

Se invoca a continuación lo establecido en el artículo 25 de la LJCA.

Y se dice, por último, que la sentencia de instancia, a pesar de afirmar que las bases de la convocatoria son vinculantes, no las considera con ese carácter desde el momento que exonera a la parte demandante del recurso de alzada a pesar de lo que se establecía en la base 8 de la convocatoria.

II.- El segundo aduce una inadecuada interpretación y aplicación de los artículos 23.2 y 103.2 de la Constitución (CE).

El desarrollo de este motivo se inicia con una invocación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la conexión de los principios de igualdad, mérito y capacidad con la vinculación que tiene la Administración a lo dispuesto en las bases de la convocatoria y sobre que no toda infracción de las bases genera una vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE.

Continúa con una invocación de esa misma jurisprudencia en lo que ha declarado sobre las modulaciones que experimenta el control jurisdiccional cuando este recae sobre actuaciones administrativas encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica; modulaciones, se añade, que se justifican por la presunción de razonabilidad que por su especialización técnica e imparcialidad ha de otorgarse inicialmente a los órganos calificadores, y determinan que dicha presunción "iuris tantum" sólo pueda quedar desvirtuada, entre otros motivos, cuando se acredite un proceder no razonable, desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación del criterio adoptado o patente error acreditado por la persona que lo alegue.

Posteriormente se transcribe parte de una sentencia de la Sala territorial de Extremadura de esta jurisdicción, en lo que razona sobre el carácter vinculante de las bases de la convocatoria, la facultad del tribunal calificador para la fijación de una nota de corte y el encuadramiento de esta clase de decisiones en el ámbito de la discrecionalidad técnica.

Por último, se combate la vulneración del principio de igualdad apreciada por la Sentencia recurrida para justificar su fallo anulatorio; y se argumenta que la diferente perspectiva del aspirante ante el examen, en función de que hubiese sido uno u otro el número de preguntas necesarias para alcanzar la puntuación mínima, afectaba por igual a todos los opositores.

III.- El tercero reprocha también una inadecuada interpretación y aplicación de los artículos 23.2 y 103.2 de la Constitución (CE), en cuanto reguladores de los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la

función pública, en relación con el artículo 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); así como la errónea interpretación del principio de discrecionalidad técnica.

Se argumenta principalmente que, en contra de lo razonado por la sentencia recurrida, la discrecionalidad técnica amparaba esa aquí polémica decisión del tribunal calificador de modificar el número de preguntas necesarias para alcanzar el aprobado aunque las bases no contemplasen dicha posibilidad; y que así ha de ser considerado desde el momento en que dicha decisión fue ampliamente motivada.

**QUINTO.-** El recurso de casación de doña  
y sus litisconsortes esgrime como motivos de casación tres reproches.

(A) **El primer reproche** se realiza por el cauce de la letra d) del artículo 88.1.d) de la LJCA; y se delimita inicialmente diciendo que la sentencia recurrida, con la interpretación desmedida y errónea que ha efectuado de la normativa aplicable al actual caso litigioso, ha producido con su decisión un resultado que infringe lo recogido en las bases de la convocatoria y vulnera el principio de justicia material.

Su desarrollo posterior, viene a argumentar, primero, que la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente, tanto el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, como los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública de los artículos 23.2 y 103.3 del mismo texto constitucional; y que así ha de ser considerado porque la modificación controvertida del número de preguntas necesarias para aprobar afectó por igual a todos los opositores y antes de conocer la identidad de quienes podrían beneficiarse con esa modificación.

Y, finalmente, se dice que esa aquí polémica actuación del tribunal calificador no fue arbitraria porque habían circunstancias que la justificaba, no perjudicó a los opositores y tampoco comportó una contravención de las bases de la convocatoria.

(B) **El segundo reproche**, igualmente amparado en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA, denuncia que la sentencia recurrida al corregir el criterio del tribunal calificador de la convocatoria, ha realizado una errónea interpretación de la discrecionalidad técnica que corresponde a dichos órganos de calificación.

Lo básicamente argumentado viene a ser que esa decisión del tribunal calificador que aquí es objeto de discusión tenía amparo en la discrecionalidad técnica que le es inherente y había de ser respetada mientras no fuese arbitraria; y esa arbitrariedad debe ser descartada en el actual caso porque dicha decisión no careció de justificación o motivación.

(C) **El tercer reproche**, formalizado por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA, señala las infracciones de los artículos 12 CE; 33 y 67 LJCA; 108, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que se habrían producido por haber incurrido la sentencia de instancia en los vicios de falta de motivación e incongruencia, causantes de indefensión y vulneradores del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

El desarrollo argumental posterior de este último reproche se inicia con una invocación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el significado de la motivación de las sentencias como elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva; y sobre la congruencia de la sentencia con la pretensión procesal formulada y su coherencia interna para que esa motivación pueda ser considerada válidamente realizada.

Tras esa invocación jurisprudencial, el núcleo del reproche consiste en imputar a la sentencia de instancia incongruencia por no haber respondido adecuadamente a lo que en la contestación a la demanda se planteó sobre que la Sala de Valencia en dos sentencias anteriores había confirmado la validez de una actuación del Tribunal Calificador como la que en el actual litigio es objeto de discusión; y se dice. (a) que en dichas dos sentencias lo

que realmente se dijo fue: *"Finalmente y en relación con la decisión del tribunal de modificar la nota de corte, ninguna indefensión ha producido a los aspirantes, al beneficiar a todos por igual, procediendo por tanto el rechazo de tal alegación"*; y (b) que la respuesta que da la sentencia "a quo" a dicho planteamiento tergiversa el criterio de esas dos sentencias anteriores porque en ellas sí se adoptó el criterio de aceptar modificar la nota de corte realizado por el tribunal calificador, mientras que en la que se está recurriendo no se ha aceptado dicha modificación.

Más adelante, tras recordar las principales modalidades de la incongruencia (omisiva, por exceso y por desviación), se aduce que también hay una llamada *"incongruencia interna"* cuando la sentencia es incoherente y que la recurrida en la actual casación adolece de esa incoherencia.

Y esa incoherencia parece querer deducirse de la falta de proporción entre las circunstancias del proceso selectivo litigioso y el alcance de lo resuelto por el fallo recurrido, para lo que se enumeran estos datos: que las plazas convocadas fueron 500, el número de aspirantes presentados 15.904; que sólo 397 aspirantes consiguieron aprobar el primer ejercicio con el criterio de las 28 preguntas acertadas; que la modificación del criterio se hizo de manera anónima; y que con el nuevo criterio de las 25 preguntas el número de aprobados para el turno libre quedó en 1072.

**SEXTO.-** El primer motivo de casación del recurso de doña . y sus litisconsortes no merece ser acogido por ser acertado lo que la sentencia de instancia razona para el rechazo de la inadmisibilidad que decide.

La Sala de Valencia parte de lo establecido en la base 8 de la convocatoria, antes transcrita, sobre que el recurso de alzada que en ella se contempla queda reservado solamente para *"contra las resoluciones y los actos de trámite dictados por el tribunal que ha de juzgar el concurso-oposición"*; y lo que hace a continuación es negar ese carácter de mero acto de trámite al acuerdo objeto de la impugnación jurisdiccional.

Para esto último toma en consideración que ese acuerdo tiene sustantividad propia por las graves consecuencias que tenía para quienes había aprobado el primer ejercicio con el criterio inicialmente establecido por el tribunal calificador para la determinación de el número de preguntas necesario para alcanzar el mínimo de puntos requeridos para superar dicho ejercicio; unas consecuencias que es fácil advertir consistían en el aumento de la concurrencia de aspirantes en el segundo ejercicio y en el evidente perjuicio que el cambio de criterio aquí tenía para los que habían ya superado el primer ejercicio, por reducir las posibilidades de estos últimos de superar el proceso selectivo.

Pues bien, esa manera de razonar es coincidente, de un lado, con la distinción que la doctrina y la jurisprudencia viene estableciendo entre actos de mero trámite y actos de trámite cualificados, y con la consecuencia de considerar a éstos últimos una categoría distinta de los primeros y equiparable en cuanto a su impugnación a los actos definitivos; y, de otro, con la aplicación de uno de los criterios que se viene utilizando para efectuar esa diferenciación, cual es que el acto de trámite cualificado incida negativamente de forma grave en la esfera de intereses del afectado y ese concreto perjuicio no pueda ser reparado por la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento administrativo de que se trate.

A lo anterior ha de sumarse que es la propia convocatoria la que, al limitar el recurso de alzada a lo que tan solo sean actos de trámite, deja fuera de tal recurso a los que merecen la consideración de cualificados en los términos que han que dado apuntados; que es contrario al principio de confianza legítima, que para la actuación de las Administraciones públicas proclama el artículo 3.1 de la Ley 30/1992 [LRJ/PAC], negar validez a la actuación de un interesado que se haya ajustado a las indicaciones de la propia Administración pública; y que, en todo caso, de existir dudas razonables sobre como habría de agotarse la vía administrativa, la solución más acorde con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva es la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional.

**SÉPTIMO.-** Los restantes motivos de casación de uno y otro recurso de casación vienen a plantear como reproche principal el exceso en el que incurre la sentencia de instancia en el control que realiza de la actuación del tribunal calificador porque, en la tesis de ambos recursos, ha incidido de manera indebida en lo que es la esfera de discrecionalidad técnica que es propia y exclusiva de dicho tribunal calificador; y es este exceso el que ha producido todas las infracciones que denuncian esos motivos casación, principalmente representadas por los principios de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, y de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

El exceso así denunciado no puede ser compartido por lo siguiente:

1.- En lo que se refiere al control de la llamada discrecionalidad técnica la reiterada jurisprudencia de esta Sala y Sección viene diferenciando entre los aledaños y el núcleo de la decisión técnica, y dejando fuera de dicho núcleo, y por ello jurisdiccionalmente controlable, los elementos reglados o normativos cuya observancia sea obligada en el proceso selectivo.

2.- Entre esos elementos normativos están las bases de la convocatoria, cuyo carácter vinculante para el tribunal calificador como verdadera "ley del procedimiento selectivo" también la jurisprudencia ha declarado con reiteración; y están también los principios legalmente establecidos para el acceso a la función pública, de manera muy especial los que estén directamente vinculados a postulados constitucionales.

3.- Uno de esos principios es el de transparencia de los procesos selectivos que, en lo que concierne a la publicidad de los criterios de calificación con anterioridad a la realización de los ejercicios o pruebas del proceso selectivo, está dirigido a garantizar la objetividad del actuar administrativo (artículo 103.1 CE) y el trato igualitario de todos los aspirantes; pues lo buscado es evitar la posibilidad de que, una vez efectuados los ejercicios, se modifiquen los criterios de calificación para beneficiar a algunos

aspirantes ofreciéndoles una posibilidad de acceso que sin esa modificación no habrían tenido.

4.- Lo que ha hecho la sentencia recurrida, como resulta de esos razonamientos de ella que antes han sido transcritos, es apreciar un incumplimiento por el Tribunal Calificador de esta base de la convocatoria:

*"6.1.4. Será competencia del Tribunal la determinación concreta del número de preguntas que será necesario contestar adecuadamente para alcanzar los 25 puntos requeridos para la superación de cada ejercicio. **Estos criterios serán comunicados durante la lectura de instrucciones para la realización de cada prueba**".*

Una base, como se ve, que exige esos que criterios determinantes de la superación del ejercicio se comunique a los aspirantes antes de la realización de la prueba; y que está claramente vinculada al antes mencionado principio de transparencia y a la finalidad que a este corresponde de garantizar la objetividad y la igualdad de todos los procesos selectivos.

**OCTAVO.-** Lo anterior impone el rechazo de todos esos otros motivos de casación, incluido el tercer reproche que se efectúa en el recurso de casación de doña \_\_\_\_\_ y sus litisconsortes.

Éste último no puede ser acogido, además, por todo lo siguiente:

(a) El efecto útil que es inherente al recurso de casación hace que solo puedan ser estimados los motivos cuyo éxito imponga una anulación del fallo recurrido; y ello no es de apreciar en este reproche porque, aun en el caso de que fuera de acoger la incongruencia que en él pretende denunciarse, no por ello procedería invalidar el pronunciamiento anulatorio de la sentencia de instancia.

(b) En todo caso la incongruencia omisiva denunciada no es justificada porque, con independencia de que puedan o no ser compartidas, la Sala de

instancia sí expone las razones por las que no sigue en el actual caso litigioso la misma solución que aplicó en esas otras sentencias anteriores a que hace referencia el recurso de casación.

(c) No es de compartir la incoherencia que se imputa a la sentencia, porque la anulación decidida en su fallo es coherente con la significación que tenía la base incumplida y con la importancia que tiene su debido cumplimiento para que en el proceso selectivo quede ahuyentado de manera absoluta cualquier riesgo de favoritismo a algún aspirante.

**NOVENO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar a los recursos de casación; y, al ser desestimatorios los recursos, todas las costas deberá abonarlas las partes recurrentes por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general de la imposición del artículo 139.2 de la LJCA.

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos comprendidos en ellas la de mil quinientos euros para cada uno los dos grupos de recurrentes que han de soportarlas; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y la dedicación requerida para formular la oposición.

## FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, uno, por doña \_\_\_\_\_ y sus litisconsortes, y el otro por doña \_\_\_\_\_ y sus litisconsortes, contra la sentencia de 20 de junio de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en el recurso núm. 8/2014).



**2.-** Imponer a las partes recurrentes las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-