

	☐ ☐	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 922/2008 de 23 julio <u>JUR\2009\15155</u>

FUNCION PUBLICA: Acceso: selección de Personal: tribunales y Comisiones: recusación de miembro del tribunal: examen: existencia de amistad de tres aspirantes con miembro recusado: imposibilidad de extender los efectos de la recusación al resto de los aspirantes de los cuales no se ha demostrado relación alguna: recusación procedente: estimación parcial de la impugnación.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 2218/2003

Ponente: Ilmo. Sr. D. pedro luis roas martín

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso número 2218/2003

SENTENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

DON JULIÁN MANUEL MORENO RETAMINO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON FRANCISCO JOSÉ GUTIÉRREZ DEL MANZANO

DON PEDRO LUIS ROÁS MARTÍN

En la ciudad de Sevilla, a veintitrés de julio de dos mil ocho.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el recurso número 2218/2003, interpuesto por DON Rafael , representado por el Sr. Procurador DON JOAQUÍN LADRÓN DE GUEVARA IZQUIERDO, contra el Decreto 6716 dictado por la Excma. Alcaldesa de Córdoba, que desestima el recurso de alzada que se interpuso contra el anterior decreto número 4396 dictado por el Teniente de Alcalde de Personal, Salud y Consumo, por el que se resolvía recusar a un miembro del tribunal calificador del concurso oposición, en turno libre, convocado para la provisión de un plaza de operador de cámara, vacante en la plantilla funcional y correspondiente a la oferta pública de empleo de 1997, siendo parte demandada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE CÓRDOBA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos

de derecho que estimó pertinentes, solicitó sentencia por la que, estimando el recurso, se revocaren parcialmente los acuerdos impugnados, declarando la validez parcial del ejercicio primero en la fase de oposición del expediente referido por no estar afectado por causa de invalidez alguna el resultado de la calificación obtenida por el actor; anular todo lo actuado por la demandada al haber convocado de nuevo ejercicio de oposición, así como las calificaciones obtenidas que constan en el acta número 5; y, retrotraer el expediente al momento en que se dictó el decreto del Teniente de Alcalde de Personal de forma que continúe el proceso selectivo con el actor como único aspirante que lo había superado, manteniendo la nulidad del ejercicio de los tres aspirantes restantes que superaron el ejercicio de oposición por existir dudas razonables sobre la legitimidad del resultado obtenido por ellos.

SEGUNDO

- Conferido traslado de escrito anterior, se formularon escritos de alegaciones por las demás partes, con expresión de los hechos y fundamentos de derecho que entendían de aplicación.

TERCERO

- Por último, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de julio del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don PEDRO LUIS ROÁS MARTÍN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

- Se expone en la demanda que el Ayuntamiento de Córdoba convocó concurso oposición, en turno libre, para cubrir una plaza de operador de cámara incluida en la oferta pública de empleo del año 1997, dando lugar a la incoación del expediente correspondiente y a la constitución del tribunal calificador, que se publica en el Boletín Oficial de la Provincia número 73 de 27 de mayo de 2003. En el desarrollo del expediente, este tribunal se reunió para el establecimiento de los criterios de valoración de los méritos de los aspirantes en la fase del concurso, así como a la realización de la valoración propiamente dicha, publicando la relación de los puntos obtenidos por cada uno de los aspirantes y dando plazo para reclamaciones que fueron resueltas, acordándose nueva reunión para el 25 de junio de 2003 con el fin de elaborar las 50 preguntas en que debía consistir el primer ejercicio de la fase de oposición. Ese mismo día, continuó con el desarrollo y la corrección del referido ejercicio, resultando solamente aprobados cuatro aspirantes. Al día siguiente, los aspirantes que lo estimaron preciso presentaron reclamaciones a los resultados del primer ejercicio de la fase de oposición, entre las que se formuló reclamación por parte de Don Jesús , quien formuló luego reclamación el día 30 y, ese mismo día, escrito de recusación contra el miembro del tribunal don Enrique , representante designado por la Junta de Andalucía, alegando que mantenía amistad íntima con tres de los aspirantes de los cuatro que únicamente habrían aprobado el primer ejercicio de la oposición, esto es, don Ignacio , don Leonardo y don Octavio . En el curso de esta recusación, se determinó que el miembro del tribunal recusado había propuesto 25 preguntas para el primer ejercicio de la oposición y los aspirantes relacionados con el miembro recusado habían obtenido un resultado de preguntas bien contestadas de 25 don Ignacio , 25 don Octavio y 21 don Leonardo .

Visto el contenido de los anteriores datos, se emitió informe concluyendo que del número de aciertos obtenidos por los tres aspirantes relacionados con el miembro del tribunal recusado en las preguntas por él propuestas se desprendía que pudiera haber incurrido en una conducta no tolerable en un miembro de un tribunal de selección, pudiendo determinarse que existió filtración de parte de las preguntas de la prueba practicada y que las mismas fueron conocidas por los tres aspirantes, lo que suponía que la única salida justa era la de repetir esta prueba con una nueva conformación del tribunal de selección. Tras la desestimación de los recursos formulados frente al decreto del Teniente de Alcalde de Personal que tomaba dicha decisión, fue solicitada la suspensión cautelar de la misma por parte del recurrente y por otro de los aspirantes, sin embargo el Ayuntamiento reanudó la tramitación del expediente conformando nuevo tribunal, convocando de nuevo a todos los aspirantes para la realización de nuevo del primero de

los ejercicios de la fase oposición, al que el recurrente no se presentó en espera de una respuesta judicial sobre las medidas cautelares solicitadas. Se destaca que el aspirante que formuló la recusación aprobó esta vez con una nota de 8,80 el primero de los ejercicios de la oposición.

Al amparo de estos hechos, se expone que los decretos cuestionados incurren en un error al estimar una recusación formulada fuera de tiempo. En el anterior sentido y si bien no existe plazo alguno para formular dicha recusación, lo cierto es que no cabe plantear la recusación de un miembro de un tribunal calificador cuando éste ya ha dictado un acto administrativo contrario a las pretensiones de quien formula la recusación, siempre que esta causa de recusación no fuese posteriormente conocida por el que la ejerce. Por otra parte, la fundamentación jurídica del informe que se constituye en soporte de la decisión cuestionada también se halla plagado de errores y se basa, a su vez, en unas presunciones muy inestables sobre las que construye su conclusión de entender que se había procedido a la comisión de una actuación ilegítima y deshonestas.

Por otra parte, nada de lo mencionado en la resolución afecta al resultado del ejercicio realizado por parte del actor o al resto de los aspirantes que no superaron la prueba, por lo que no se entiende que se deba repetir un examen que ya ha superado, ofreciendo una nueva oportunidad a los demás aspirantes, incluido los involucrados en la situación expuesta. Por último, incurre nuevamente en error el decreto recurrido que invalida el primer examen de la fase de oposición de la convocatoria y ordena su repetición como si éste fuera un acto único y afectase por igual a todos los aspirantes del puesto ofertado, basándose para ello en preceptos no aplicables.

SEGUNDO

- Por su parte, la administración demandada expone que no recurre el actor la recusación acordada, sino dicha resolución únicamente en lo relativo al alcance de la misma; en este sentido, se expone que nos hallamos ante un supuesto de recusación por amistad íntima que resulta acreditado a partir de las declaraciones testificales desarrolladas en el curso del expediente y en relación con el número de respuestas acertadas por los aspirantes involucrados. Por otra parte, se destaca que la intervención del señor Enrique llegó a tener gran trascendencia siendo completamente determinante en la resolución de preguntas acertadas por parte de estos tres aspirantes; si bien no es la posible fuga de información el elemento que fundamenta la recusación, sino la existencia de amistad íntima entre el señor Enrique y alguno de los aspirantes al puesto ofertado.

Por lo demás, se expone que la activa participación del señor Enrique y la confección del ejercicio transmite la nulidad a toda la realización del mismo y también a las calificaciones que resultan de la misma, ya que nunca debió ni siquiera formar parte del tribunal.

TERCERO

- El principio de conservación de los negocios jurídicos es recogido por el Derecho administrativo a través de las figuras de la convalidación, la conversión y la conservación de actos inválidos. La convalidación se puede producir, bien por el transcurso del tiempo o bien por una declaración administrativa en cuya virtud el acto anulable adquiera plena validez (ratificación, confirmación o subsanación, así el artículo 67 de la Ley 30/1992). La conservación y la conversión de los actos administrativos inválidos coinciden con la convalidación en constituir manifestaciones del principio de conservación del acto jurídico; pero discrepan de ésta en que mientras la convalidación se aplica tan sólo a los actos anulables, la conversión y la conservación entran en juego también respecto de los actos nulos de pleno derecho.

La técnica de la conservación se manifiesta en dos sentidos:

La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero (art. 64.1 Ley 30/1992).

La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo que sean independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no habría sido dictado (art. 64.2 Ley 30/1992).

Por ello, el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción (art. 66).

La conversión, supuesto ajeno al presente procedimiento, permite que los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto produzcan los efectos de éste (art. 65 Ley 30/1992).

CUARTO

- En el ámbito específico del presente procedimiento, cabe considerar la importancia de un precepto, citado por las partes y manifestación de aquel principio de conservación de los actos administrativos, que destaca que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido (artículo 28.3 de la Ley 30/1992).

Pues bien, en el presente supuesto la causa de nulidad del primero de los ejercicios de este proceso selectivo, según el Decreto del 29 de julio del año 2003 , atiende a la concurrencia de elementos materiales que ponen de manifiesto que uno de los miembros del tribunal incurrió en causa de abstención consistente en el mantenimiento de amistad íntima con algunos de los aspirantes participantes en el proceso selectivo y que dicha circunstancia se tradujo en la filtración de parte de las preguntas de la prueba practicada, siendo las mismas conocidas por los tres aspirantes indicados, situación frente a la que la Administración sólo contempló como única salida justa la de repetir la prueba con una nueva conformación del tribunal de selección. Así, se destaca que sólo y en la medida que la actuación del sujeto recusado había tenido influencia decisiva en los resultados del indicado ejercicio provocaba la nulidad. No puede ahora afirmar la demandada que la única causa de su decisión fue la relativa a la presencia en uno de los miembros del tribunal de una causa de recusación al margen de su incidencia en el resultado de las pruebas, pues precisamente fue la ponderación de esta última circunstancia, con arreglo al número de preguntas acertadas por los tres aspirantes involucrados, uno de los extremos que llevaron a la Administración a considerar la concurrencia de la causa de recusación, siendo el propio decreto citado el que destaca la trascendencia y significación del vicio concurrente en la composición del tribunal como elemento obstativo de la aplicación al presente supuesto de la técnica de conservación de los actos administrativos y que, en definitiva, lleva a anular la totalidad del primero de los ejercicios teóricos de la oposición.

Es precisamente el razonamiento empleado por parte de la administración demandada el que pone de manifiesto la vulneración en este caso del ya expuesto principio de conservación de los actos administrativos y la inadecuada extensión de las consecuencias derivadas de la participación del indicado miembro del tribunal de selección y la incidencia de su relación con algunos de los aspirantes a la absoluta totalidad del primero de los ejercicios teóricos desarrollados en el curso de dicho proceso, con beneficio además del resto de los participantes no implicados que no superaron dicha prueba y en evidente perjuicio del actor.

Ya se ha expuesto que una de las manifestaciones del principio de conservación de los actos administrativos no sólo es la relativa a que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero, sino además que la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo que sean independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no habría sido dictado (art. 64.2 Ley 30/1992). Es a tenor de esta última previsión normativa que debe ser objeto de interpretación la tesis que sostiene la parte recurrente al respecto de la existencia de tantos actos administrativos cuantos aspirantes, de forma que cada nota de examen es en sí misma un acto independiente; en el anterior sentido y si bien técnicamente esta hipótesis no es admisible, dada la existencia de los únicos actos administrativos a través de los que se articula la actividad de la Administración en este caso, mediante la resolución del correspondiente proceso selectivo

y, en el presente caso, además los decretos que son objeto de impugnación, no cabe obviar que la valoración por parte del tribunal de cada uno de los ejercicios realizados por los aspirantes conforma una parte perfectamente diferenciada del acto constituido por el que pone término a dicho procedimiento y, en el anterior sentido, no puede entenderse que la causa de recusación apreciada y las consecuencias derivadas de ésta, según se expuso en el decreto impugnado, permitiesen apreciar la extensión de la causa de nulidad a los ejercicios teóricos realizados por el resto de los aspirantes que no guardaron relación con el miembro del tribunal recusado y respecto de los que desde luego no se demostró o se ofreció prueba alguna relativa a la existencia de vínculo o relación que destacase la falta de honradez y adecuación de los ejercicios realizados.

QUINTO

- En definitiva, el principio de conservación de los actos administrativos encuentra un claro ejemplo de manifestación en el presente supuesto, pues los ejercicios realizados por parte de los aspirantes no relacionados o vinculados con el miembro del tribunal afectado por la causa recusación y, desde luego, el ejercicio realizado por parte del actor, no aparecían afectados en forma alguna y, por ello y al amparo del principio mencionado, debieron mantenerse en su plena validez y eficacia, vulnerándose esta previsión a partir de los decretos impugnados que extendieron absolutamente la causa de nulidad a la totalidad de los ejercicios realizados.

Con arreglo a lo expuesto, es cierto en primer término que no se cuestionó o impugnó la concurrencia de causa de recusación en el miembro del tribunal afectado, pero sí las consecuencias derivadas de lo anterior, que es parte de la decisión objeto del presente recurso, pues no debe desconocerse que ya el decreto dictado en el mes de julio del año 2003 estimaba la recusación y declaraba nulo el primer ejercicio, siendo esta última previsión la que debe ser objeto de anulación a través del presente procedimiento y debiendo mantenerse la realización del primero de los ejercicios con la única exclusión de los tres aspirantes que se vieron afectados en la puntuación obtenida a partir de la realización de dicho ejercicio por la indicada causa recusación, sin incidencia alguna en los restantes participantes en el proceso selectivo y sin necesidad de entrar en el análisis del resto de los alegatos de la demanda.

SEXTO

- Sin embargo y siendo los decretos que se describen en el escrito de interposición del recurso el único objeto del mismo, el sentido del fallo de la presente debe restringirse a lo ya expuesto sin más, pues no cabe ordenar la retroacción de un proceso de selección para la cobertura de una plaza que aparece ya cubierta a través de la culminación no impugnada de dicho proceso.

En el anterior sentido y a pesar de que en la relación de hechos de la demanda ya se hace indicación de la culminación del proceso selectivo y de cuyo desarrollo consta el conocimiento de la recurrente, a tenor del expediente administrativo mediante la presentación de escrito interesando la suspensión del proceso, no se amplió la presente impugnación al resto de las actuaciones que llevaron a la total terminación del proceso selectivo, que no es objeto de recurso y que por ello no puede resultar afectado por el sentido de este pronunciamiento; lo que conduce a una necesaria estimación parcial de la demanda.

SÉPTIMO

- Al amparo del artículo 139 de la LJCA, no ha lugar a la condena de ninguna de las partes al pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por DON Rafael, representado por el Sr. Procurador DON JOAQUÍN LADRÓN DE GUEVARA IZQUIERDO, contra el Decreto 6716 dictado por la Excm. Alcaldesa de Córdoba, que desestima el recurso de alzada que se interpuso contra el anterior decreto número 4396 dictado por el Teniente de Alcalde de Personal, Salud y Consumo, por el que se resolvía recusar a un miembro del tribunal calificados del concurso oposición, en

turno libre, convocado para la provisión de un plaza de operador de cámara, vacante en la plantilla funcionarial y correspondiente a la oferta pública de empleo de 1997; que anulamos y declaramos que debe mantenerse la realización del primero de los ejercicios con la única exclusión de los tres aspirantes que se vieron afectados en la puntuación obtenida a partir de la realización de dicho ejercicio por la indicada causa recusación en los términos que se describen en el penúltimo fundamento de la presente. Sin costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles los recursos que, en su caso, quepan contra la misma.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.