Asunto : Informe sobre nombramiento de funcionario en ejecución de sentencia
Solicitante : **Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de Córdoba**
Expte. : 22/22-JADSC

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- Por el Consorcio Provincial de Prevención y Extinción de Incendios de Córdoba se remite escrito por el que expone que una vez concluido proceso selectivo para cubrir plazas de bombero-conductor derivado de la OEP 2015, recayó una primera Sentencia judicial (Núm. 43/21, del Procedimiento Abreviado 146/2020 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Córdoba) a instancia de un aspirante de dicho proceso, por la cual se ordenaba al Tribunal Calificador la baremación de un determinado mérito del citado aspirante y, en virtud de ello, se adoptasen los acuerdos pertinentes derivados de tal baremación, lo que dió lugar a que por dicho tribunal se resolviese lo procedente y se incoase expediente para proceder al nombramiento como funcionario de carrera del recurrente. Estándose a la finalización de dicho expediente de nombramiento resulta que recae una segunda Sentencia judicial (Núm. 1704/21 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, derivada del Recurso de Apelación No 369/2019) interpuesto por otro aspirante del indicado proceso selectivo, la cual, a su vez, ordena se proceda a la baremación de determinado periodo de antigüedad del recurrente y, en su virtud, se adopten los acuerdos derivados de ello. la misma.

A resultas de ello, esta segunda Sentencia viene a afectar de forma directa a lo derivado de la primera habida cuenta que con la nueva baremación otorgada al segundo recurrente el primero de ellos queda fuera del número de plazas convocadas y, como consecuencia, no obtendría plaza ya que pasaría al puesto 55 cuando el número de plazas convocadas fué solo de 54.

A la vista de ello el Consorcio procedió a suspender el procedimiento incoado con motivo de la primera de las sentencias a la espera de que el Tribunal Calificador se vuelva a pronunciar y de los informes jurídicos oportunos. es por ello que, conforme a lo previsto en el Reglamento del Servicio Jurídico Contencioso de Diputación, se solicita de este Servicio Jurídico la emisión de informe con el fin de aclarar los siguientes extremos:

1) La existencia de alguna posibilidad conforme a ley o jurisprudencia de poder nombrar funcionario de carrera del primero de los recurrentes ante el cambio producido por la nueva sentencia recaída.
2) Las consecuencias legales derivadas de su no nombramiento, a efectos de ulteriores recursos a los que el Consorcio pueda hacer frente por parte del Sr. ……..

Se adjunta a dicho escrito la documentación obrante en expediente respecto de los extremos expuestos.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

pie_firma_corto_dipu_01

NORMATIVA APLICABLE

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO.- La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuanto a las disposiciones comunes a los funcionarios de carrera de las entidades locales, determina en su artículo 92 que:

Artículo 92. Funcionarios al servicio de la Administración local.
1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

Estrechamente relacionado con indicado artículo, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), en su apartado 1, viene a disponer que :

"Artículo 3. Personal funcionario de las Entidades Locales.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

1. El personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local.
(...)".

Conforme a ello, la norma que actualmente se erige como fundamental en materia de función pública a nivel estatal es el TREBEP, cuyo objeto, con arreglo a lo dispuesto en su artículo 1, puntos 1 y 2, es establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, y determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En el apartado 3 de ese artículo 1º de dicha norma, se exponen los fundamentos de actuación que ésta refleja, destacando, en cuanto a lo que se refiere al acceso a la función pública, el apartado b) del mismo por cuanto se refiere a fundamentos de "*Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional*".

Sobre esta base, es el art. 55 de esta misma norma legal el que viene a disponer que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el propio TREBEP y en el resto del ordenamiento jurídico. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el art. 2 TREBEP, seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: Publicidad de las convocatorias y de sus bases. Transparencia. Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

En consonancia con lo posteriormente regulado por el TREBEP, son los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española (CE), los que configuran el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad, transparencia y seguridad jurídica, en los siguientes términos:

"Art. 14 CE:
Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Art. 23 CE:
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

Art. 103 CE:
1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

pie_firma_corto_dipu_01

(...)
3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

Dicho lo anterior, y a tenor de lo que se pretende dilucidar en el presente informe, conviene hacer especial hincapié en lo que el TREBEP viene a determinar en artículo 9.1 ("*Funcionarios de carrera*") en el que dispone que: "*1.Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de* ***nombramiento legal****, están* ***vinculados a una Administración Pública*** *por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. (...)*", texto éste que viene a coincidir casi textualmente con lo que el artículo 130 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRLRL), dispone respecto de los funcionarios de carrera de las entidades locales, al señalar que:

"Art. 130.
1. Son funcionarios de la Administración Local las personas vinculadas a ella por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo.

2. ***Son funcionarios de carrera de la Administración Local los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñen servicios de carácter permanente en una Entidad local****, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal del presupuesto de las Corporaciones."*

Siguiendo este hilo conductor, nos tenemos necesariamente que referir a lo que el artículo 62 del TREBEP establece como condicionantes o pasos que necesariamente han de seguirse para la adquisición de la condición de funcionario de carrera, disponiendo expresamente lo siguiente:

"Artículo 62. Adquisición de la condición de funcionario de carrera.

1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

a) Superación del proceso selectivo.

b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.

c) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.

d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

pie_firma_conte_dipu_01

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1.b) anterior, no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.".

Texto éste que resulta casi idéntico al del artículo 137 del R.D.Leg. 781/86, de 18 de abril, TRRL, cuando trata de las disposiciones comunes de los funcionarios de carrera de la Administración Local.

Es decir, ese cumplimiento sucesivo de los requisitos exigidos por el TREBEP se erige como condición *sine qua non* para que una persona adquiera la condición de funcionario de carrera, por lo que, en tanto en cuanto no se produce ese iter procedimental sucesivo ésta se encuentra en una mera expectativa de obtener tal condición. Expectativa que, como no puede ser de otra manera, decaería en cualquier caso si alguno de los requisitos sucesivos establecidos por la Ley no se cumple o no se lleva a cabo.

La jurisprudencia ha sido tajante en este sentido, así, por ejemplo, entre otras muchas, en la Sentencia del TSJ Navarra, de 14 de junio de 2000 (rec. 2639/1997), cuando en su F.J.4º viene a manifestarse en los siguientes términos:

"Ante estos presupuestos fácticos ha de afirmarse, sin ningún género de dudas, y sin necesidad de mayores argumentos que ***la adquisición de funcionario , solo se adquiere si estrictamente se dan todos los requisitos fijados en nuestro ordenamiento jurídico*** *, para ostentar tal condición, estableciéndose tales requisitos en el artículo 9 del Texto Refundido del Estatuto de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto (EDL 1993/19467), precepto que tiene un contenido análogo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. De aquel precepto se desprende que para el acceso a la función pública se requiere sucesivamente la superación de las pruebas selectivas, el nombramiento conferido por la autoridad competente, juramento o promesa de acatamiento del ordenamiento vigente, y finalmente la toma de posesión.*
Ninguno de estos presupuestos se han dado en el caso presente, por lo que no se ha adquirido la condición de funcionario por el recurrente, ya que el cumplimiento ha de interpretarse de una forma estricta, no bastando para acceder a la Administración bajo la relación de servicios que constituye la relación funcionarial con el mero desempeño de un puesto de trabajo en el ámbito de la organización administrativa y la percepción de una retribución. Por ello la resolución recurrida es ajustada a Derecho, por inexistencia de relación funcionarial, por lo que el actor deberá, en su caso presentar demanda ante la jurisdicción laboral.".

O en la Sentencia 245/2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo (Toledo), de 06 de Agosto de 2021 (Rec 41/2021), que hace referencia a otra del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014 (Rec.4033/2013) muy clarificadora al respecto, y que se manifiesta en los siguientes términos:

"...La adquisición de la condición de funcionario público es un íter que requiere de diferentes actuaciones. En este sentido el art. 62.1.d TREBEP exige la toma de posesión y

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

pie_firma_corto_dipu_01

no será hasta que la misma se produzca cuando el funcionario adquiera esa condición. ***No antes****. Sobre esta cuestión se puede ver la STS, sec. 7ª, de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 4033/2013) que dice ' Es verdad que la adquisición de la condición de funcionario requiere el cumplimiento de los pasos que detalla el escrito de alegaciones de la Comunidad de Castilla y León, el último de los cuales es la toma de posesión y también lo es que en esta ocasión la sentencia se interpone en esa secuencia al anular la oferta de plazas y la adjudicación de destinos y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de esa oferta. Y, en fin, es cierto que así no permite que se culmine el proceso de adquisición de la condición de funcionario de carrera'.****Por tanto hasta que no se toma posesión no se es funcionario de carrera*** *y cuando la hoy demandante estaba solicitando la consolidación de grado como interina estaba ejercitando el derecho que el Tribunal Supremo les ha reconocido y que, por tanto debe serle reconocido por nuestra parte.5.3º. (...)"*

Con ello queda meridianamente claro que, en tanto en cuanto no se produzcan de forma sucesiva todos esos condicionantes, el aspirante no adquiere digamos el derecho a poseer la condición funcionarial y por tanto, la posición que posee, es únicamente la de una expectativa a poseerla. Este aspecto adquiere una vital importancia, sobre todo por lo que seguidamente exponemos, en orden a que el candidato primero, al no encontrarse aún en la posición de funcionario de carrera como tal, no ocupando con carácter de titular puesto de trabajo alguno en este sentido (sin perjuicio de que, como en el caso que nos atañe, lo esté desempeñando con carácter de interinidad por razones excepcionales del servicio), no adquiriría la posición de tercero de buena fé perjudicado por una actuación inadecuada de la Administración al momento de la selección.

SEGUNDO.- Al hilo de lo anterior, resulta pues procedente ver las circunstancias que se dan en el asunto sometido a estudio :

Nos encontramos en el caso que nos atañe con que un aspirante, por vía de sentencia del orden contencioso-administrativo, obtiene el reconocimiento de un determinado "mérito" que le reporta una mayor puntuación en el concurso de méritos del respectivo proceso selectivo respecto de la que le fue otorgada en su día por el Tribunal de selección. Ello supone que, en ejecución de sentencia, dicho tribunal modifica tal puntuación del aspirante lo que le coloca en una posición en la lista de aprobados dentro de los aspirantes con derecho a obtención de plaza, iniciando con ello el procedimiento de nombramiento como funcionario de carrera del referido aspirante. Procedimiento éste que se vé suspendido cautelarmente por la Administración habida cuenta que, durante dicho trámite, se produce otra modificación sustancial de indicado Listado de aprobados que trae causa de la ejecución de sentencia, igualmente del orden contencioso-administrativo, a que se vé obligado realizar el tribunal de selección en orden a que un segundo aspirante vé reconocido por mor de dicha resolución judicial asimismo unos méritos que inicialmente no le fueron computados y que, en virtud de ello, le colocan en una posición dentro del listado entre los opositores con derecho a plaza, pero que, a su vez, trae como consecuencia que el primero de los aspirantes revisados que a priori se había colocado en la última posición del listado con derecho a plaza (la número 54, al haberse convocado 54 plazas), se vea desplazado de éste hacia una posición sin derecho a ella.

De un primer análisis de esta situación, y a tenor de la documentación facilitada por la entidad consultante, se deducen dos particularidades claramente identificables:

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

- Por un lado, la existencia de un tercero de buena fe que tras el proceso selectivo llevado a cabo en su día obtuvo el puesto número 54 y que, tras el procedimiento ya referido, obtuvo la condición de funcionario de carrera encontrándose ya prestando servicios como tal, que por mor de las sentencias referidas se vé desplazado de la posición que obtuvo en su día y, por ende, al menos sobre el papel pues ya veremos seguidamente las consecuencias de ello, tendría que cesar y abandonar su puesto como tal.

- Por otro lado, la existencia de dos aspirantes, recurrentes ambos por la vía contenciosa-administrativa, que en virtud de sendas sentencias de éste orden judicial ven reconocidos méritos que les otorgan una mayor puntuación en el cómputo total del proceso selectivo y que los colocan, en primer término a uno de ellos, y en segundo término, a otro de ellos, dentro del número de aspirantes que obtienen derecho a plaza, pero que, hasta el momento, no han alcanzado la condición de funcionario de carrera, pues carecen, al menos en el primero de los casos, de los requisitos de obtención del oportuno nombramiento por la autoridad competente y el Acta de toma de posesión (que comúnmente engloba al otro requisito de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico).

En este apartado cabe recordar la obligatoriedad de ejecutar las sentencias en sus propios términos, de acuerdo con el art. 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Una vez firmes las mismas, deben interpretarse el fallo de la sentencia y sus fundamentos para determinar las consecuencias y la forma de ejecución, e incluso los términos de la demanda del recurrente. En caso de duda sobre los términos de la ejecución, puede plantearse un incidente de ejecución por la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, de acuerdo con el art. 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA).

En relación pues con estas particularidades del expediente veamoslas detenidamente:

I.- Conviene en un primer término señalar que existe una muy prolija jurisprudencia en torno al derecho que asiste al "funcionario de carrera" que habiendo superado todos los pasos que se exigen para la obtención de dicha condición se ve privado de ese derecho tiempo después por efecto de la ejecución de una sentencia judicial que anula parte del procedimiento selectivo y otorga mejor derecho a otros aspirantes que "ab initio" habían resultados excluidos y no obtuvieron nombramiento. En ese sentido se ha elaborado la teoría del aspirante de buena fe en orden a que muy comúnmente la culpa de la anulación viene de la mano de la propia administración, y no como una actuación fraudulenta del aspirante o aspirantes.

Es decir, en principio, es evidente que la "entrada" en la lista de aprobados de un nuevo solicitante comporta la pérdida de su plaza por uno de los aprobados. Esa es la razón de que, cuando se recurren los resultados de una oposición, quienes hayan obtenido plaza deban ser emplazados para que puedan comparecer como demandados y defender sus intereses ante el riesgo de pérdida de su plaza. La explicación está en una vieja regla que se recoge actualmente en el artículo 61.8 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) que veda a los órganos de selección que propongan el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas. De hecho,

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

en la Administración del Estado, las convocatorias deben contener expresamente esa cláusula [artículo 16.b) del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión del Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

La salvaguarda de este tipo de situaciones, pivota, principalmente, por el respeto a los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, conservación de actos, razones de equidad, proporcionalidad, actos propios, "reformatio in peius" y situación gravemente perjudicial y de difícil reparación que conllevaría entender un posicionamiento diferente al expuesto.

En ese sentido, paulatinamente se ha abierto camino la idea de que los "desplazados" por quienes han ganado el pleito mantengan sus nombramientos y sean recolocados en otras plazas, de tal guisa que algo que venía sucediendo de facto en algunos casos, la jurisprudencia lo reconoce expresamente. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 28 de octubre de 2015 (recurso de casación 2946/2014) que, casando la del Tribunal Superior de Justicia, da la razón al recurrente y anula una pregunta del examen, lo que obliga a volver a puntuar con la consiguiente posible alteración de los resultados, y en la que el Tribunal Supremo concluye:

> *"La consecuencia ha de ser la de estimar el presente recurso de casación, y dictar otra sentencia que estime el recurso contencioso-administrativo con retroacción de actuaciones a la vía administrativa para que el Tribunal Calificador efectúe una nueva lista de aprobados, teniendo en cuenta la anulación de la pregunta cuestionada, a los solos efectos de determinar si con esa eliminación el recurrente habría superado o no el proceso selectivo, y en este caso proceder a tener por superado el mismo, con todas las consecuencias económicas y administrativas favorables y sin que afecte a los demás opositores".*

Llegando más allá, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 613/2005), la estimación del recurso contencioso-administrativo comporta un cambio en la puntuación de las pruebas y la obtención de plaza por parte de los recurrentes, pero expresamente deniega la anulación de los nombramientos efectuados inicialmente por la Administración:

> *"aun cuando es cierto que a los Tribunales Calificadores se les prohíbe proponer como aprobados un número mayor de candidatos que el que figura en la convocatoria, esa prohibición no condiciona los efectos de las sentencias que revisan, como en el presente caso, con una importante dilación temporal, los procesos selectivos. (...) en cuanto a la aspirante Doña África, no tiene por qué afectarle automáticamente esta sentencia, pues el propio artículo 106 de la ley 30/1992, dispone que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. En el presente caso, han transcurrido siete años desde que se inició el proceso selectivo, y a la citada concursante, por el hecho de haber obtenido plaza en su momento, se le ha impedido presentarse a nuevos procesos selectivos, de tal forma que sería contrario a la equidad y a los principios de buena fe y confianza legítima el proyectar en este caso los efectos de la sentencia a la situación de dicha concursante, con el consiguiente cese de su relación".*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

Igualmente, la sentencia del Alto Tribunal de 21 de diciembre de 2011 (recurso 4572/2009), se pronuncia anulando también los resultados de una prueba de acceso a la función pública, pero se mantienen los nombramientos de los inicialmente aprobados, sin más cambio que añadir a esa lista a quienes han ganado el pleito, siempre que superen la prueba médica que inicialmente no se les hizo:

> *"Mas queda fijar cuál ha de ser el alcance de esta estimación y, para ello, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:*
> *Que en lo posible debe respetarse el derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables.*
> *Que lo anterior no hace ya factible retrotraer las actuaciones al momento anterior a la celebración del segundo ejercicio para que, como habría sido lo más lógico, primero el Tribunal Calificador fijara la nota de corte determinante del «no apto» y los elementos o factores ponderables en esa evaluación de la aptitud que corresponde a dicho ejercicio; y, después, se llevara a cabo su realización y corrección según esos criterios preestablecidos.*
> *... Consiguientemente, la estimación tiene que ser para que se declare aptos a los recurrentes en el segundo ejercicio y se les convoque a la prueba médica; y para que si el resultado de esta última arroja para ellos la calificación de aptos, se les otorgue la calificación final de la oposición que les corresponda según la suma de las puntuaciones del primer ejercicio en los términos que establecen las bases de la convocatoria* ***y, en su caso, si por su puntuación les corresponde, sean incluidos en la relación definitiva de aspirantes que han aprobado la oposición en el lugar que les corresponda.****".*

También se puede ver la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7 ª del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2015, Rec. Nº 438/2014, en virtud de la cual, espeta:

> *"En todo caso, este pronunciamiento, no supondrá la privación de su condición a aquellos aspirantes que, nombrados en su día funcionarios, ahora, como consecuencia de la aplicación de la base 6.2.5, segundo párrafo, de la Orden de 17 de junio de 2004, obtuvieran una puntuación por debajo de la que da acceso a la plaza. Razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso"*

O la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7 ª del Tribunal Supremo de fecha 18 mayo de 2007, Rec. Nº 4793/2000, estableciendo:

> *"La invalidez de seis preguntas del primer ejercicio de la fase de oposición no debe conducir a su total nulidad. Siendo independientes todas las preguntas de dicho ejercicio y conservando su validez las restantes 74, son de apreciar elementos suficientes para que esa concreta actuación administrativa pueda cumplir la finalidad para la que está prevista, que no es otra que la de evaluar los conocimientos de los aspirantes bajo condiciones que*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

junio de 2020, que confirmó lo acordado por el Tribunal Calificador del proceso de que trae causa este recurso, y anulando el mismo, se acuerda retrotraer las actuaciones del proceso selectivo, al momento de baremación de los cursos acreditados por los aspirantes, y se le reconozca al recurrente la realización del curso homologado de 11 a 40 horas "Salvacorazones DEA", con aprovechamiento, y la puntuación además de la ya reconocida, de 0,15 puntos, ***y a adoptar los acuerdos que se deriven y procedan de la nueva puntuación resultante al recurrente, en el proceso de selección****. Con imposición de las costas a la Administración demandada.".*

Esto es, se resuelve la retroacción del proceso al momento de la baremación de méritos a fin de que se otorgue la puntuación correspondiente al aspirante recurrente y a que se adopten los acuerdos que procedan en orden a la nueva puntuación resultante, pero en ningún momento se hace mención de que ésta deba ser nombrado como funcionario de carrera por tal motivo. Es decir, en pocas palabras, el aspirante gana un pleito, pero no una plaza.

Y es que ello gana sentido cuando se conoce el contenido de la Sentencia Núm. 1704/21 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a raíz del recurso interpuesto por otro aspirante, cuyo fallo viene a disponer lo siguiente:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. EMILIO LLANERO POLO, contra la sentencia dictada el día 12 de junio de 2018, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4 de Córdoba en el procedimiento abreviado número 209/18, que revocamos, declarando la nulidad de los actos administrativos que constituyen su objeto,, debiendo proceder la administración de la manera que se expone en el fundamento de derecho segundo in fine de esta sentencia, y una vez realizado el cómputo de la experiencia profesional de 84 meses, una vez acrecida su puntuación del recurrente por el anterior concepto, ***deberá ser incluido en la lista de aprobados*** *con las consecuencias económicas y administrativas inherentes a dicho reconocimiento. Sin costas."*

En ese caso, el Tribunal de justicia no ya reconoce los méritos alegados por el recurrente, sino que además, una vez acrecentada la puntuación del mismo, "ordena" la inclusión de éste en la lista de aprobados, circunstancia ésta que ya de por sí le otorga el derecho a obtener la condición de funcionario, cumplidos los trámites legales respectivos para ello -como ya hemos tenido ocasión de referir en este informe-.

Obviamente, al Tribunal de selección, dando cumplimiento a lo ordenado en dicha sentencia no tiene por menos, como así lo hizo, que modificar la puntuación final otorgada a dicho aspirante y a tenor de ello incluirlo en el listado de aspirantes aprobados en dicho proceso selectivo.

La ejecución de esta otra sentencia provoca el "desplazamiento" del candidato que ocupaba el puesto número 54 de dicha lista que, por efecto de la anterior sentencia, era ocupada por el aspirante favorecido por ésta, pasando a una posición sin derecho a plaza. Pero cabe hacer hincapié aquí que en el presente caso no estamos ante situaciones semejantes o siquiera parecidas a las que la jurisprudencia le ha dado solución en cuanto a desplazamientos de funcionarios ya consolidados, sino que muy por el contrario es un supuesto donde se discute el derecho de aspirantes que carecen de dicha condición.

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022

Este otro desplazamiento a nuestro juicio carece de trascendencia jurídica alguna pues el candidato hasta ese momento lo único de lo que había gozado era de una posición que le podía otorgar una plaza pero no de un derecho absoluto a obtener ésta, esto es, digamos que se encontraba en una presunción *"iuris tantum"* en tanto en cuanto se consumaba el proceso de obtención de la condición de funcionario de carrera; presunción ésta que no llegó a buen término en orden a que durante el procedimiento incoado al efecto se produjo una situación de "mejor derecho" de otro aspirante que, a nuestro entender, dejaría sin sentido y sin fundamento jurídico tal procedimiento (adquisición de la condición de funcionario de carrera).

A tenor de ello, estimamos ciertamente la prudencia puesta de manifiesto por parte de la Administración actuante en cuanto que de forma inmediata suspendió el procedimiento de referencia, y sometió a consideración del tribunal de selección la ejecución de esta segunda sentencia para que se operara la oportuna modificación al respecto y, en su virtud se actuara en consecuencia, pues de haber atendido la petición de parte (que obra en expediente) del primer candidato exigiendo el levantamiento de la suspensión y su consecuente nombramiento, o de no haberse llevado a cabo dicha suspensión, es muy probable que se estaría ahora en una posición en extremo complicada porque, de alguna manera, éste aspirante podría aducir siempre su condición asimismo de tercero de buena fe obligando a la Administración a realizar otras actuaciones que, de esta forma, entendemos se han evitado.

Bajo este prisma, y en función de todas estas premisas, no queda por menos que señalar a modo de conclusión que, al perder el primero de los recurrentes su derecho a estar dentro del número de candidatos con derecho a plaza (54) por efecto de un mejor derecho de otro aspirante, no existe obligación alguna de la Administración a otorgar derecho alguno a obtener otra plaza al mismo, habida cuenta que éste nunca ha alcanzado la condición de funcionario de carrera y por ende carece del carácter de tercero de buena fe, entendiendo que lo procedente resultaría que el Tribunal de Selección, a la vista de ello, acordase dejar sin efecto el primero de los acuerdos (relativo a la ejecución de sentencia 43/21 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Córdoba), ello en virtud del contenido de la sentencia posterior del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y en función de ello, como así ya se ha hecho (como así consta en expediente) proponer para su nombramiento como funcionario de carrera, al aspirante beneficiado por ésta otra resolución judicial. Y es que el cumplimiento de una sentencia no supone el incumplimiento de la otra, pues como se puede comprobar en el expediente tramitado al efecto, por parte de la Administración se ha dado cumplimiento a ambas, ello sobre la base de que toda Administración Pública está obligada a cumplir las sentencias judiciales en sus justos términos (artículo 103, apartados 2 y 3 y artículo 105 de la LJCA).

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).
El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en
Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 23/2/2022