Asunto :Informe sobre procedimiento a seguir para desempate de aspirantes en un proceso selectivo por concurso.
Solicitante : **Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXX**
Expte. : 053/2024-JADSC

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- El Alcalde-Presidente del Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXXXX remite escrito por el que, en relación con la realización de un proceso selectivo de personal laboral fijo discontinuo por concurso de méritos conforme a la convocatoria extraordinaria para la estabilización de empleo temporal con arreglo a lo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se expone que por parte del Tribunal Calificador, tras las deliberaciones pertinentes y una vez leídas las bases generales y específicas correspondientes a cada puesto, se encuentran en la imposibilidad de dirimir la situación de empate entre dos de los aspirantes solicitantes a una de las plazas ofertadas dado que en dichas bases no se ha contemplado la posibilidad de empate de las solicitudes presentadas por los aspirantes una vez examinados los méritos presentados por los aspirantes. A tenor de ello se indica por la Alcaldía que, desde el propio Tribunal Calificador, se ha acordado la solicitud de asesoramiento al área jurídica de esta Diputación Provincial de Córdoba, con el traslado de la documentación pertinente (Certificación del acto celebrado el 21/02/2024, bases generales y específicas del puesto), y en su virtud, se solicita de estos Servicios Jurídicos se emita informe jurídico en orden a resolver la cuestión planteada.

NORMATIVA APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- 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 (LRBRL).
- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.
- Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.
- Manual de Órganos de Selección 2015 del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública, con fecha 1 de abril de 2022, sobre orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre

C/ Atlántico núm 11. CP. 14011 - Córdoba
Tel.: 957 211105 - 957 482895

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

PRIMERO. En primer término, y en orden a orientar en cierta manera una de las posibilidades que se estudian en el presente informe, consideramos necesario recordar lo que la Constitución Española de 1978 prevé en su artículo 103.3 cuando trata la regulación del acceso a la función pública.

Este precepto constitucional establece que: "*...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*.", y en lo que aquí interesa conviene llamar la atención primordialmente en el aspecto que se refiere a que, en todo caso, el acceso al empleo público en nuestro país está sujeto a unos principios fundamentales como son el "*mérito*" y la "*capacidad*". Principios éstos que actúan como garantía del procedimiento de acceso y que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 85/1983, de 25 de octubre (resolviendo un conflicto positivo de competencia Núm. 333/1982, entre el Estado y la C.A. del País Vasco), declaró expresamente aplicables a todas las Administraciones Públicas.

Acorde al mandato constitucional el 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 artículo 55 viene a determinar de forma expresa que:

> *"Artículo 55. Principios rectores.*
> *1. 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 presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.*
>
> *2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto 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:*
>
> *a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
> *b) Transparencia.*
> *c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
> *d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
> *e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
> *f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección."*

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

Igualmente, a nivel de la Administración Local, el artículo 91 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), de conformidad con el texto constitucional, viene a señala que:

> *"Artículo 91.*
> *1. Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.*
>
> *2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que* ***se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad****, así como el de publicidad."*

Con ello el legislador toma cuenta del precepto constitucional y lo plasma de forma expresa en las normas de derechos positivo reguladoras del acceso a la función pública en general y a la de la Administración Local en particular.

Añadir a ello que la Secretaría de Estado de Función Pública, con fecha 1 de abril de 2022, dictó Resolución sobre orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, norma ésta aplicable al supuesto de autos, en la que, en su apartado 3 "Requisitos del proceso selectivo", epígrafe 3.2 "prohibición de convocatorias restringidas", igualmente venía a indicar de forma expresa que: "*Las plazas a cubrir en el proceso de estabilización deben ser ofertadas dando cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad derivado de los anteriores.*".

SEGUNDO.- En el plano relativo a los órganos de selección y las bases reguladoras de las convocatorias de procesos selectivos, conviene asimismo partir de los siguientes considerandos respecto a éstos, en su papel de elementos esenciales del procedimiento:

I.- Siguiendo de modo orientativo lo expuesto en el Manual de Órganos de Selección 2015 del Instituto Nacional de Administración Pública (*Ministerio de Hacienda y A.P.* actualmente Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública-), y dentro de sus Disposiciones Generales, se configura la naturaleza de dichos órganos de selección -de ordinario denominados tribunales de selección o calificadores-, como "*órganos colegiados cuya función es llevar a cabo la selección de los candidatos de los procesos selectivos para los que son nombrados. Para ello deberán proceder a la organización y desarrollo de dichos procesos y a la calificación de las pruebas selectivas que en ellos tengan lugar, y en su caso, a la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes,* ***con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad****, así como a los principios generales de publicidad,* ***objetividad*** *y celeridad.*"; señalándose de forma expresa que, asimismo, en los procedimientos selectivos deben garantizarse los principios rectores que se recogen en el ya referido artículo 55.1 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).

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

Se erigen dichos órganos como garantes de la eficaz aplicación de referidos principios constitucionales respecto del proceso selectivo en que intervengan, haciendo nuevamente especial hincapié en lo que se refiere a los méritos y capacidad que pongan de manifiesto los aspirantes -obviamente sin dejar de lado la igualdad, transparencia, publicidad, etc.-, como condicionantes esenciales para tener derecho a acceder a una plaza de empleado público.

La vigencia y actuación de los Órganos de Selección se extiende desde la fecha de su constitución hasta que finaliza el proceso selectivo para el que son nombrados, entendiéndose por finalización del proceso selectivo la fecha de publicación de la lista de los candidatos que han superado la oposición, el concurso, o el concurso-oposición.
La peculiar naturaleza de este tipo de órganos determina que en lo referente a la actuación de sus miembros no estén sometidos al principio de jerarquía entre ellos mismos, pues únicamente están obligados por la Ley, sin que ningún miembro pueda dar órdenes a otros en virtud de rango o antigüedad. El Órgano de Selección, como órgano colegiado, en virtud precisamente de esa independencia, no está tampoco sometido a ninguna autoridad.

Los órganos de selección quedan vinculados por lo dispuesto en las bases, pero como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 34/1995, de 6 de febrero, disponen de *discrecionalidad técnica* para su interpretación y para adecuar el desarrollo de la convocatoria a las circunstancias concretas, fundada en una presunción de certeza y razonabilidad de su actuación, dada la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las valoraciones. Por ello, se reconoce a los Tribunales calificadores capacidad para resolver todas las dudas que el desarrollo de las pruebas selectivas pueda ocasionar, pero con plena vinculación a las bases de la convocatoria. Así pues, las bases se deben aplicar literalmente cuando el contenido sea claro y conciso, y el órgano de selección sólo puede adentrarse en su interpretación cuando exista una duda o imprecisión o cuando exista un vacío en la regulación, pero no pueden desarrollarlas en términos que desnaturalicen, vacíen o recorten sus previsiones.

II.- En otro orden de cosas, dentro del proceso de selección como tal en cuanto que procedimiento administrativo, existen las siguientes premisas que, aunque nos resulten obvias, no podemos dejar pasar en cuanto que ello nos atañe directamente respecto de la parte nuclear a dilucidar en el presente informe:

a) En primer lugar, que las bases del proceso, resultan ser las «*reglas del juego*», la «*Ley del contrato*», y son plenamente vinculantes para las partes concurrentes, esto es, por un lado la Administración convocante y por otro lado los/as aspirantes u opositores/as.
El órgano de selección a que ya hemos aludido, dentro del iter procedimental que supone el proceso selectivo y la resolución del mismo, no puede apartarse del contenido de tales reglas, pues lo contrario podría acarrear la anulabilidad de alguno de sus trámites, fases o partes, o incluso la nulidad de pleno derecho de éstas o del proceso completo.
De ahí radica la necesidad de que, en cualquier caso, el órgano de selección no pueda en modo alguno adoptar acuerdos contrarios a lo dispuesto en las bases, pero como bien se dice “contrarios” a lo dispuesto en éstas, pues dentro de las facultades en manos de

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

dicho órgano, claro está, y sin incurrir en contradicción con las mismas, se encuentra la de adoptar resoluciones interpretativas que subsanen aquellas normas en los puntos poco claros y como nó, salvando lagunas, carencias, errores u omisiones que impidan el adecuado desarrollo del proceso, siempre desde el plano de la igualdad, la transparencia y la más absoluta objetividad de tales decisiones.

b) En segundo término, que si tales bases de convocatoria o reglas del proceso selectivo no han sido recurridas en los plazos legalmente establecidos para ello (ya sean en vía administrativa como en sede contencioso-administrativa), éstas devienen firmes e inatacables sin que su contenido pueda ser en modo alguno discutido una vez conocido el resultado del proceso selectivo. Todo ello, a salvo claro está, de que las mismas puedan contener vicios de nulidad de pleno derecho, lo que traería consigo, obviamente, el que éstas pudieran ser objeto de revisión.

Respecto de dichas afirmaciones, cabe siquiera referir a modo de ejemplo algunos pronunciamientos de la jurisprudencia que, de forma más significativa, han recaído en cuestiones sobre esta materia:

Así, por ejemplo, tenemos la STS de fecha 29 de abril de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª (Rec. 287/2010), que vino a exponer: *«Conviene recordar que tiene declarado el Tribunal Supremo, ya desde la antigua Sentencia de 14 septiembre 1988 (RJ 19886619), con constante reiteración ulterior que hace innecesaria la cita individualizada, que las bases de la oposición son la llamada «ley de oposición o concurso», de manera que vinculan a la Administración desde luego, pero también a los que participan en dichas pruebas selectivas, no pudiendo a posteriori impugnarse dichas bases, que, una vez aprobadas, sólo son modificables con sujeción estricta a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy Ley 30/1.992, de 26 de noviembre«*. O la STS de 8 de marzo de 2006, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª (Rec. 6077/2000), que en su F.D. 2º manifestaba: *«SEGUNDO.- La sentencia de la Audiencia Nacional ahora recurrida desestimó el recurso. En sus fundamentos, recuerda el criterio jurisprudencial uniforme de que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos, de tal manera que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración, así como a los Tribunales y Comisiones encargados de la valoración de los méritos, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley 30/1992. Tal planteamiento tenía su reflejo normativo en el artículo 3 del Real Decreto 1411/1968, de 27 de junio, que aprobó el Reglamento General de Ingreso en la Administración Pública, y se plasmó en el artículo 13.4 y 5 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, lo que supone que el procedimiento selectivo debe ajustarse a las previsiones contenidas en las bases».* Y por último, también referir la STS de 12 de diciembre de 2012, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª (Rec. 7143/2010), en cuanto que reseñaba que: *«Aceptando, por tanto, que era la Comisión de selección la que se encontraba facultada para adoptar cuantos criterios de actuación y calificación estimara precisos a fin de garantizar una actuación homogénea de los diferentes tribunales que se designaron para evaluar la especialidad de infantil, lo que resulta innegable es que los criterios y pautas que, en su caso, fueran fijados en el ejercicio*

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

de dicha facultad no podían resultar contrarios a las bases pues, como reiteradamente viene sosteniendo esta Sala, las bases de la convocatoria de un proceso selectivo constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos de forma que, una vez firmes y consentidas, vinculan por igual a los participantes y a la Administración. Conviene asimismo recordar, llegados a este punto, que esta Sala, por todas sentencia de 18 de marzo de 2011 (recurso de casación nº 4278/2009) viene considerando que este tipo de actuaciones preparatorias -encaminadas a fijar los criterios de calificación de las pruebas selectivas- no forman parte del núcleo del juicio técnico sobre el que opera la discrecionalidad técnica con la que cuentan los tribunales encargados de la selección de personal, pudiendo ser objeto de fiscalización jurisdiccional».

TERCERO.- En función de lo expuesto en los puntos precedentes, y de conformidad con los términos de la consulta, procede analizar el contenido de las Bases de convocatoria tanto generales como específicas que regulan el proceso selectivo objeto de análisis, en consideración de lo previsto en éstas respecto de las vicisitudes del proceso selectivo en sí y de las facultades de que el órgano de selección está revestido a la hora de adoptar resoluciones al respecto de la mismas:

I.- Las Bases "generales" del proceso, publicadas en el BOP Núm. 230, de 1 de diciembre de 2022, reguladoras en geneal del total de procesos selectivos para provisión de plazas tanto funcionariales como laborales por el sistema de concurso con arreglo a la Oferta de Empleo Público extraordinaria efectuada conforme a lo dispuesto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (conocidos como procesos de Estabilización del empleo público), en la Base 5ª, referida al Tribunal Calificador, específicamente en su apartado 5.4, viene a disponer expresamente que:

*"5.4. El Tribunal Calificador resolverá todas las dudas que pudieran surgir en aplicación de estas bases en relación con el desarrollo de las pruebas selectivas, **así como la forma de actuación en los casos no previstos** , desde su constitución hasta que se eleve al órgano competente la correspondiente propuesta de nombramiento. Su procedimiento de actuación se ajustará a lo dispuesto en los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.".*

Apartado éste cuyo contenido en cierta forma está estrechamente relacionado con lo que la Base 7ª, en su apartado 3º, de esta mismas bases, viene igualmente a determinar al respecto del desarrollo del proceso selectivo:

"7.3. Corresponderá al Tribunal la consideración, verificación y apreciación de las incidencias que pudieran surgir en el desarrollo del proceso selectivo, y adoptará al respecto las decisiones que estime pertinentes.".

II.- Las Bases "específicas" del proceso en cuestión, publicadas en el BOP Núm. 248, de 30 de diciembre de 2022, relativas a la provisión en concreto de unas determinadas plazas de personal laboral fijo discontinuo del Ayuntamiento, no contienen regulación alguna respecto del desarrollo del proceso selectivo más allá de la identificación y características de las plazas a proveer, el establecimiento de los requisitos de los aspirantes y el propio desarrollo

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

del concurso de méritos en cuanto a valoraciones de los méritos profesionales (experiencia profesional) y de los méritos formativos de los aspirantes, no haciéndose mención alguna a ninguna otra cuestión relativa a las facultades del órgano de selección, la posible resolución de incidencias y, lo que resulta de suma importancia en el asunto que nos atañe, como dirimir los empates en puntuación entre aspirantes admitidos al proceso en el supuesto que esta se produjese, como así, a la postre, se ha verificado, trayendo consigo la problemática cuya resolución se pretende dilucidar.

CUARTO.- Centrándonos ya en dicha problemática suscitada en el proceso selectivo del régimen de estabilidad objeto de consulta, entendemos conveniente hacer las siguientes puntualizaciones al respecto:

- Con arreglo a los datos y documentos facilitados por el consistorio consultante resulta evidente que son dos (2) las plazas a estabilizar y que, una vez llevada a cabo la valoración de los méritos alegados por los aspirantes, que lo son en número de tres, se comprueba que existe una primera posición ocupada por uno de los opositores -que obtiene una cierta puntuación- y que, a la postre, no ofrece duda alguna en cuanto a que pudiera ser propuesto por el Tribunal para su nombramiento por parte de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento (esto es, contratación laboral fija discontinua); y que, tras éste, las posiciones dos y tres se encuentran sin orden de prelación establecido a priori, en orden a que los respectivos candidatos están empatados en todos los conceptos a cero puntos. Esto es, el empate se produce para optar a la segunda de las plazas convocadas.

- Las Bases del proceso selectivo, tanto generales como específicas, tal cual ya hemos expresado, no establecen sistema alguno para dirimir los empates respecto de la puntuación que se otorgue a los aspirantes, significando ello que no se han tenido en cuenta en la redacción de las mismas las orientaciones que se vertían por la Secretario de Estado de Función Pública, en su Resolución de 1 de abril de 2022, cuando en su epígrafe 3.12 "criterios de desempate" se indicaba que: "*Los procesos selectivos establecerán reglas de desempate de acuerdo con lo establecido por la normativa que sea aplicación al ámbito correspondiente*", por lo que, al carecerse de regulación en ese sentido, entendemos deben entrar en juego otro tipo de reglas o posibilidades de resolución conforme veremos posteriormente, así como las posibles actuaciones del órgano de selección al respecto.

- Los aspirantes que se encuentran en situación de empate en la valoración de méritos, lo son con una puntuación de "cero puntos", es decir, no han acreditado a juicio del órgano de selección mérito alguno para el acceso a las plazas en cuestión.

En orden a lo anterior, y en consideración a lo ya señalado en puntos precedentes de este informe, se plantean a nuestro juicio dos posible escenarios de actuación por parte del órgano de selección a la hora de formular propuesta a la Alcaldía:

1.- En primer lugar, ante la falta de una regulación legal o reglamentaria específica que pudiera encauzar este tipo de situaciones cuando las mismas pudieran producirse, como es el caso, sin que exista posibilidad de establecer un criterio objetivo que no fuera atentatorio contra el criterio de igualdad y no discriminación de los aspirantes, se quiere dejar referido, no obstante -aunque bien

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

entendido que se hace sólo a efectos meramente informativos, y como única referencia que se tiene sobre este menester-, lo previsto en el apartado 4 del artículo 44 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, norma ésta de aplicación supletoria en la Administración Local, el cual determina que: "*4. En caso de empate en la puntuación se acudirá para dirimirlo a la otorgada a los méritos enunciados en el apartado 1 del presente artículo, por el orden expresado. De persistir el empate se acudirá a la fecha de ingreso como funcionario de carrera en el Cuerpo o Escala desde el que se concursa y, en su defecto, al número obtenido en el proceso selectivo.",* debiéndose estar conforme a lo indicado en este precepto al orden que el apartado 1 de dicho artículo establece.

Ahora bien, analizado éste en su cuanto a su aplicabilidad al presente supuesto, a juicio del que suscribe, señalar que poco o nada tendría de adecuación al caso que estamos tratando, pues debemos de tener en cuenta que dicha regulación, aunque bien pudiera servir como mera orientación, se está refiriendo a criterios de desempate de aplicación para los concursos de méritos de procesos de provisión de puestos de trabajo, circunstancia que no es precísamente la que es está estudiando en el presente informe, que se refiere a una cobertura de plazas por un sistema excepcional.

Es por ello que, esta fórmula, si bien es una posibilidad contemplada en la norma, bajo nuestra apreciación, no sería la más adecuada para solucionar el conflicto planteado, y, sobre esta premisa, consideramos no debiera ser tenida en cuenta como una opción para dirimir la controversia.

2.- En segundo lugar, la postura que ofrece una solución más lógica o de sentido común, es aquella que contempla la celebración de un sorteo público entre los aspirantes empatados habida cuenta que no existe posibilidad alguna de establecer ningún otro criterio que pudiera dirimir el empate producido.

Bien es cierto que el sorteo es una medida de carácter excepcional pues resulta obvio que el azar no puede en modo alguno constituirse cómo un criterio que se ajuste a los principios de mérito y capacidad, pero también es cierto que la jurisprudencia, en casos extremos, donde ya no existe posibilidad de que forma objetiva se dirima el empate entre los aspirantes, sí ha admitido esta otra posibilidad como única alternativa posible.

Y ello es así precisamente por el reconocimiento que se hace por la ley respecto de la naturaleza de los órganos de selección y las facultades que, como hemos tenido ocasión de analizar en puntos precedentes con apoyo en los propios criterios jurisprudenciales, se les otorga a la hora de adoptar resoluciones interpretativas en apartados poco claros y como nó, salvando lagunas, carencias, errores u omisiones de las Bases de convocatoria, que impidan el adecuado desarrollo del proceso, siempre desde el plano de la igualdad, la transparencia y la más absoluta objetividad de tales decisiones; formando parte ello de la discrecionalidad técnica que posee dicho órgano, y por tanto otorgándole potestad para establecer como sistema de solución de la controversia el sistema de "sorteo", el cual, así lo entendemos, para dotarlo de una mayor garantía y transparencia y hacerlo de la forma más aséptica posible, debiera realizarse públicamente.

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

En cuanto a esa facultad de los órganos de selección para dirimir los empates en base a la discrecionalidad técnica que poseen, conviene referir la señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2015 (Rec.249/2015):

> *«En cuanto a la segunda cuestión planteada, sobre el criterio adoptado por el tribunal para decidir el desempate producido entre el hoy apelante y otro opositor y que consistió en la "mayor puntuación obtenida en las pruebas físicas", coincidimos con los razonamientos contenidos en la Sentencia apelada.*
> *En efecto, no está de más traer la jurisprudencia recaída en torno al tema de la discrecionalidad técnica, recordando que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en esta materia de oposiciones y concursos rige la llamada discrecionalidad técnica, conforme a la cual los juicios técnicos de los órganos de selección en las pruebas de ingreso en la Administración no son susceptibles de control jurídico por la Jurisdicción, y corresponden en exclusiva a aquellos órganos, añadiéndose que en el núcleo de la valoración técnica la jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar de los Tribunales Calificadores, sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda, y deba, ser objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (arts. 9.3 y 23.2 Constitución , y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986 , 20 de diciembre de 1988 , 8 de noviembre de 1989, 18 de enero , 27 de abril y 7 de diciembre 1990 , 12 de diciembre 1991 , 30 de marzo , 5 de julio y 8 de octubre de 1993 , 17 de octubre y 13 de diciembre de 1994 , 15 de enero de 1996 , 11 de octubre de 1997 y del Tribunal Constitucional 75/1983 , 192/1991 , 200/1991 y 293/1993 . La sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero , resumiendo las anteriores pautas en la materia, ha declarado que la deferencia judicial hacia la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos está basada en una presunción iuris tantum de certeza y razonabilidad de su actuación, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las calificaciones, de modo que sólo en el caso de que se demuestre la voluntad viciada del órgano (desviación de poder) o la existencia de errores palmarios y groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tienen de discrecionales.*
> *Esta última posibilidad de revisión judicial en casos de errores palmarios y groseros se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1994 y 5 de junio de 1995.*
> *Pues bien, en el presente caso, el Tribunal al que corresponde resolver las incidencias que pudieran surgir en el desarrollo de los ejercicios adoptando las decisiones que estime pertinentes al producirse un empate que afectó a dos aspirantes para cubrir la cuarta plaza de las cuatro convocadas, para resolver dicha cuestión, como quiera que nada se establecía expresamente en las bases de la convocatoria acudió a la mayor puntuación obtenida en las pruebas físicas, siguiendo el criterio establecido en las últimas pruebas de selección de policía local. Es cierto, que podría haberse adoptado otro criterio, como parece pretender el recurrente, pero dado que era absolutamente necesario dirimir un empate, ante la imposibilidad de declarar aptos a más opositores que el de las plazas convocadas, en el que la alternativa no podía ser otra que, o bien resolver el indicado empate, o bien no declarar*

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

"apto" a ninguno de los afectados por el mismo, nunca lo contrario, se ha de entender que la postura que mantuvo el Tribunal Calificador era perfectamente lógica y racional, como se explica por el mismo en el acta nº 10 obrante en el expediente administrativo.
El recurrente no acredita que la equiparación realizada por el Tribunal, vulnere los principios de mérito y capacidad, ni las bases de la convocatoria, siendo lo único que pretende sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio en la medida en que le resulta más beneficioso. Por consiguiente, el recurso de apelación debe ser desestimado».

Recordemos que, en cualquier caso, y en modo alguno, puede el órgano de selección proponer más aspirantes que plazas convocadas, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho (como así expresamente lo dispone la Base 8.5 de las Bases Generales de convocatoria del proceso en cuestión), por lo que, de alguna forma, dicho órgano tiene que dirimir el empate a puntuación que se produzca entre dos o más candidatos, y si, como es el caso, ni las bases establecen criterio alguno ni así tampoco, aunque estuvieran establecidos en estas, fuera posible dirimirlo al producirse un empate en todos los apartados de valoración de méritos, resulta obvio que, de forma excepcional, habría que acudir a la adopción de una medida ciertamente venturosa como es el sorteo para solventar el conflicto.

Sobre esta base, y sin olvidar que en ningún momento de un proceso selectivo deben perderse de vista los principios de méritos y capacidad, nos cabría pues la opción de que por el órgano de selección se resolviese la controversia sobrevenida acordando la realización de un sorteo público que deshiciera el empate producido por la absoluta igualdad de puntos de determinados aspirantes, pues así lo tiene contemplado como tal la jurisprudencia como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2013 (Rec.644/2012) cuando hace referencia a esta posibilidad en el FJ1º.

Dicho lo anterior, y en cualquier caso, entendemos que la realización del posible sorteo debería estar revestido de las necesarias garantías de transparencia y objetividad en su realización, y así, nos cabe siquiera referir como posible procedimiento a llevar a cabo por el órgano de selección no ya que éste lo acordase como tal en aras de cumplir con la prohibición de no proponer más aspirantes que plazas convocadas, sino que se hiciese una publicación de dicho acuerdo mediante el método ordinario que se hubiera venido utilizando durante todo el proceso, a fin de someterlo a consideración de los interesados, fijando una fecha y hora determinada para, de manera pública, y por un método de sorteo transparente y límpido, se celebrase el mismo y se otorgasen las posiciones respectivas a cada candidato, formulándose a tenor de ello, y conforme al resultado obtenido, la oportuna propuesta a la Alcaldía.

Ello ha de considerarse así en orden a que no nos cabría introducir ninguna modificación del proceso selectivo distinta de ésta otra, toda vez que nos encontramos ante un procedimiento de concurso donde no pueden incluirse pruebas selectivas propias de un proceso de oposición, dado que se estaría desnaturalizando dicho proceso. Así pues quedarían excluidas, entre otras, pruebas consistentes en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras, e incluso, en la superación de pruebas físicas. Esto es, consideramos que introducir en un concurso de méritos una

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

prueba práctica o de cualquier otra índole, aunque sea en fase de desempate, podría considerarse impropia de dicho proceso, y bien podría acarrear la nulidad de éstas.

QUINTO.- No obstante lo indicado en el punto precedente, y aún cuando ello pudiera entenderse que tal cuestión no formaba parte del tenor de la consulta formulada, no podemos dejar de referir una cuestión que, a nuestro juicio, y como ya hemos tenido ocasión de analizar en el presente informe, se erige como una premisa de fundamental trascendencia a la hora de que los aspirantes puedan acceder a un puesto de la función pública, que no es otra que la verificación de que por éstos se han puesto de manifiesto los principios de *mérito y capacidad*, como principios constitucionalmente instituidos para obtener tal derecho.

Ya hemos tenido ocasión de analizar en el presente informe el significado y alcance de estos principios y como están recogidos expresamente en el derecho positivo actual, por ello, en el aspecto que se quiere llamar la atención es que, consideramos por completo ilógico y quizás contrario a dichos principios constitucionales, que un aspirante que no ha acreditado mérito o capacidad de clase alguna pueda acceder a la función pública -pues recordemos que no se ha obtenido por los aspirantes empatados puntuación alguna en la valoración de méritos-, y que, por tanto, el órgano de selección, ante tal tesitura, bien podría entrar a valorar dicha circunstancia y, en su virtud, declarar desierta la segunda de las plazas convocadas, por entender que lo contrario -esto es realizar un sorteo de una plaza entre aspirantes con cero puntos- pudiera vulnerar los preceptos constitucionales.

Bien es cierto que las bases de convocatoria del proceso selectivo en cuestión, tanto generales como específicas, a diferencia de otras similares que regulan procedimientos de acceso a la función pública por concurso de méritos, no contemplan dicha facultad en favor del órgano de selección, y no establecen una puntuación mínima a alcanzar por los aspirantes, pero también es cierto que, al igual que referíamos con la posibilidad de realizar un sorteo público como opción para dirimir el empate producido entre determinados aspirantes, estaríamos ahora igualmente ante una opción plausible del órgano de selección, bien entendido que en este supuesto la opción consistiría en elevar una mera propuesta al órgano competente (Alcaldía), pues corresponde a éste órgano municipal la declaración en tal sentido.

Cabe reseñar en este supuesto que existe jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1958, reafirmada posteriormente por el alto Tribunal en la Sentencia de 19 de abril de 1991, por la que se determina que no puede dejarse desierto un concurso si hay un aspirante presentado que reúne los requisitos o condiciones para presentarse, señalando que, en ese caso, sería nula la actuación de la Comisión de Valoración, manifestándose en el sentido de que la actuación del órgano de selección que: *"Se ha excedido de sus facultades al declarar desierto el concurso." "El órgano de calificación no efectuó un uso razonable de sus potestades calificadoras, sino que las ejercitó en forma arbitraria.";* pero se ha de aclarar de contrario que estas manifestaciones jurisprudenciales se refieren a casos en los que se trataba de un concurso de méritos para provisión de puestos de trabajo dentro de una misma Administración (donde los participantes ya tenían la condición de funcionarios o empleados públicos), por lo que cabría entender a nuestro juicio que estas resoluciones jurisprudenciales no resultarían aplicables a aquellos casos, como el que nos atañe, donde se están valorando méritos de aspirantes para acceder

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02

a la condición de empleado público, esto es, se están cubriendo plazas ofertadas por la Administración municipal.

En cualquier caso, lo que se pretende exponer con esta otra opción es que, al igual que la indicada respecto de la posibilidad de llevar a cabo un sorteo público para adjudicar una de las plazas, de lo que se trata es de que, en los términos que se han expuesto, se pueda hacer uso por el órgano de selección de las facultades que posee en orden a solventar la situación planteada en el proceso de referencia, entendiendo a tenor de ello que sobre el tapete bien pudiera ser tan válida una como la otra. Ahora bien, si se quiere destacar que, respecto de esta última (proponer dejar la plaza desierta), a juicio del que suscribe, es la que nos resultaría más acorde a los principios constitucionales que inspiran el derecho de acceso a la función pública, bien entendido que lo sería siempre en el sentido o desde la perspectiva de evitar o impedir que obtenga ese derecho quien no ha acreditado mérito o capacidad alguna para ello.

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 Asesor Técnico de A.O., con atribución temporal de funciones en Servicio de Asesoría Jca. Diputación de Córdoba.
XXXXXXXXXXXXXXXXXX.

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 www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica el 25-03-2024

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2024/4095

26-03-2024 09:59:02

pie_registro_dipu_02