

EL CONTRADICTORIO CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO: HISTORIA DEL LABERINTO JURÍDICO DE LA “NOTA DE CORTE” EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DEL SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA.

Vicente Lomas Hernández

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Doctor en Derecho

El zigzagueante criterio del Tribunal Supremo sobre la nota de corte en los procesos selectivos convocados por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha correspondientes a la oferta de empleo público del año 2009, y las inevitables consecuencias de tan errático proceder tanto para un desconcertado Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, como para la propia Administración sanitaria, constituyen todo un laberinto jurídico que intentaremos explicar a lo largo del presente artículo

Para ello se requiere de forma ineludible tomar en consideración la trascendental STS de 2 de enero de 2014. Dicha STS establecía, en relación con este tipo de cuestiones – fijación de nota de corte en turno libre y no en turno de promoción interna- que, teniendo en cuenta que la promoción interna también se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, si en este turno se dispone que con una determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional, no se alcanzaría a ver qué razón podría justificar que se procediese de manera distinta en el turno libre. Por tanto es la Administración la que debe aportar una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece, pues de lo contrario esa diferencia de trato resultaría contraria a Derecho. Por este motivo optó directamente por eliminar el requisito de la nota de corte fijado para las plazas convocadas por el turno libre. En resumen, no habría nota de corte para ninguno de los tres turnos.

A partir de este momento se inicia un tortuoso camino judicial con más sombras que luces:

1º.- Incidencia de la STS de 2 de enero de 2014 en el posterior criterio del TSJ de Castilla-La Mancha.

Siguiendo el criterio anterior del TS, la posterior STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre de 2014, nº 766/2014, rec. 439/2011, proceso selectivo para el ingreso en la categoría de celador, desestimó el recurso interpuesto contra la base de la convocatoria del mismo proceso selectivo por el que se solicitaba que se estableciese esa misma regla (nota de corte), pero para el turno de discapacitados.

En este caso la Sala consideraba que el establecimiento de este criterio limitativo resultaba perfectamente justificado para evitar la primacía desproporcionada de los méritos, de modo que finalmente interinos con muchos méritos sobrepasasen en la fase de concurso a quienes habían obtenido una nota muy superior a la de otros aspirantes.

La demanda planteaba trato discriminatorio por el Tribunal de selección a los aspirantes del turno de discapacitados respecto a los aspirantes en el turno libre. Conforme al sistema empleado, todos aquellos que habían obtenido altas puntuaciones en el turno de discapacitados, pero que en cambio no tenían méritos, o bien éstos eran escasos, no podían obtener plaza porque se verían superados por otros que, teniendo puntuaciones mucho más bajas, sí tenían muchos más méritos. Pese al carácter indiscutiblemente injusto de este sistema, la Sentencia desestimó el recurso interpuesto por dos razones:

- a) -Las bases no fueron impugnadas en su debido momento.
- b) -La aplicación de la ya comentada STS de 2 de enero de 2014.

El TSJ de Castilla-La Mancha acata el criterio del TS y desestima el recurso, aunque declara no compartir el criterio de nuestro Alto Tribunal ya que sí habría una razón para fijar una nota de corte, y es que debería primar la oposición sobre los méritos.

Por último, el TSJ aconsejaba a la Administración sanitaria que, en lo sucesivo, para evitar situaciones como la descrita, los criterios recogidos en las bases fuesen los mismos para todos los aspirantes con independencia del turno, y no establecer sistemas de corte para unos sí y para otros no.

2º.- El cambio de criterio del TS. La STS de 18 de marzo de 2016 y su incidencia en el nuevo criterio del TSJ de Castilla-La Mancha.

La STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de noviembre de 2014, fue recurrida en casación y estimada por la STS de 18 de marzo de 2016, nº 687, por entender que sí debían regir para el turno de discapacitados del proceso selectivo de celadores la regla limitativa del turno libre. El TS, en lugar de decir lo que se esperaba que dijese, a saber, que ya no habría desigualdad debido a que ya todos los aspirantes serían tratados por igual (sin regla limitativa) tras la anterior STS de enero de 2014, acuerda en cambio el establecimiento de nota de corte para los aspirantes por el turno de discapacitados, generando un total y absoluto desconcierto.

Tal y como ya ha quedado expuesto, los recurrentes que habían participado en el proceso selectivo para el ingreso en la categoría de celadores por el turno de discapacitados, solicitaban que se aplicasen los criterios fijados en el turno de acceso libre, donde sí se había fijado una nota de corte en la fase de oposición.

Según los recurrentes el hecho de que no se hubiese establecido en el turno de discapacitados un límite similar, supuso conceder en este turno una relevancia capital y absoluta a la fase del concurso.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto, por considerar que la interpretación realizada de la Sentencia de 2014 antes citada por parte del TSJ, resultaba errónea. El TS entiende en esta otra resolución que estamos ante un supuesto de discriminación indirecta, una diferencia de trato que resulta contraria al artículo 23.2 de la Constitución, sin que por ello se incurra en contradicción con lo que ya dijera la Sala en su anterior Sentencia de 2 de enero de 2014. Todos los aspirantes deben ser tratados bajo el mismo criterio, es decir si hay nota de corte debe ser igual para todos los turnos, si no hay nota de corte no la debe haber para ninguno de los turnos. Por todo ello se deben aplicar a los recurrentes los mismos criterios que aplicó la Administración en el turno libre.

La Sentencia cuenta con dos votos particulares, ambos con un común denominador, la controvertida interpretación que merece la STS de 2 de enero de 2014, y su aplicación al presente caso. Como queda dicho la STS de 2014, y en contra de lo ahora declarado por el Tribunal Supremo, no se podía hacer valer el límite adicional aplicado en el turno libre ordinario al turno de discapacitados. Pero es que además, como señala el segundo de los votos particulares, lo que ahora solicitaban los recurrentes no era que se suprimiese la nota de corte (que era lo que sin embargo se pedía en la STS de enero de 2014), sino que se estableciese dicha nota que precisamente fue anulada por discriminatorio en la sentencia anterior.

Por otra parte, el segundo de los votos particulares se mostraba favorable al desigual trato que se debería establecer en el turno de discapacitados haciendo descansar esta justificación en la singularidad propia de este turno, en la aplicación a este colectivo de la doctrina constitucional de la discriminación positiva, y todo ello sin olvidar que el Real decreto 2771/2004, establece que las convocatorias por el turno de discapacitados serán distintas de las convocatorias ordinarias, y no estarán supeditadas a éstas (art. 5).

3º.- SSTSJ-CA de Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2016, nº 564, y 29 de septiembre de 2016 nº 578.

Como consecuencia de este posicionamiento tan errático por parte de nuestro Alto Tribunal, el TSJ se vio obligado a rectificar nuevamente su criterio, de modo que ante este panorama judicial tan confuso, la Sala considera que no resulta lógico estimar todas las pretensiones de eliminación del criterio limitativo en el turno libre, y todas las pretensiones de aplicación del criterio limitativo para el turno de discapacitados.

Con el fin de evitar esa contradicción, la Sala interpreta que el criterio a seguir para resolver los numerosos procedimientos de revisión de oficio consiste en que en todos los turnos en los que tenga sentido este criterio limitativo deben ser tratados por igual *“y tratados igualmente con aplicación, no con inaplicación, de la regla mencionada, pues dicha regla es totalmente acertada desde el punto de vista constitucional del mérito y la capacidad, que así queda conciliado con el de la igualdad”*.

Para valorar la idoneidad de la regla limitativa, y a falta de una explicación por parte de la Administración sobre la razón de ser de esta regla, hay que partir de que la finalidad que se persigue es evitar que los interinos denominados “perpetuos” desplacen con sus méritos a aspirantes que en el examen obtuvieron incluso las notas máximas posibles. Con estos parámetros habría que valorar si dicha regla se hace necesaria para el turno de acceso libre y para el turno por discapacitados. Según nuestro TSJ, a diferencia de lo que recomendara años atrás a la Administración (procurar la adopción de la misma medida para los tres turnos), el turno de promoción interna quedaría al margen de toda esta controversia debido a que en él no pueden participar los interinos. Trasladando este planteamiento al presente caso hay que colegir que dicha regla de la nota de corte debe mantenerse para evitar que los interinos copen las plazas en contra de los que obtuvieron las notas más brillantes.

Quizá habría que añadir a lo dicho por el TSJ que con este sistema también se cumpliría la importante misión de evitar que se produzcan más aprobados que plazas.

4º.- La respuesta definitiva: la STS núm. 2025/2017, de 19 de diciembre. R. CASACION núm.: 393/2017

Ahora la discutible Sentencia nº 2015/2017, de 19 de diciembre da respuesta al laberinto jurídico creado por el propio Tribunal Supremo para, a continuación, plantear nuevos problemas, nuevas incógnitas de difícil resolución, como así han puesto de manifiesto recientemente los medios de comunicación haciéndose eco de las declaraciones efectuadas al respecto por Sindicatos y Administración.

La STS anula la resolución administrativa del Sescam, y reconoce a la interesada (que concurría por el turno libre, y que sí aportaba experiencia laboral suficiente) el derecho a pasar a la fase de concurso para que se proceda a la baremación de sus méritos.

Por el contrario, en ambos votos particulares sí se manifiesta la existencia de contradicción entre ambas resoluciones judiciales (la primera abogaba por la supresión de la nota de corte en todos los turnos, y la segunda reconoce la procedencia de que se instaure la nota de corte para el turno de discapacitados). El segundo de los votos particulares, tras declarar que sí que existe contradicción entre ambas sentencias, afirma que esa contradicción concurre incluso dentro de

la STS de 18 de marzo de 2016- a la que también se formuló voto particular, en el que se denunciaba la situación absurda- y concluye que:

1º.- La regla general debe ser la igualdad en cuanto al nivel de exigencia en todos los turnos

2º.- Cabe efectuar trato desigual dentro de cada turno si obedece a razones objetivas y atendibles.

3º.- Conforme a este planteamiento del magistrado discrepante, se llega a la conclusión de que en el caso de autos sí que resultaba ajustado a Derecho la exigencia de nota de corte para el turno libre, pudiendo justificar su exigencia en la necesidad de que se compense o reequilibre la dificultad del proceso selectivo en su conjunto entre los que concurren por el turno libre con escasa experiencia profesional respecto de aquellos otros que concurren por el mismo turno cuentan con una mayor experiencia profesional (interinos perpetuos).

Las consecuencias derivadas de la anulación de las resoluciones administrativas de inadmisión dictadas por la Administración respecto de las peticiones de revisión de oficio de los distintos procesos selectivos tras darse a conocer la STS sobre nota de corte, no se han hecho esperar, sirviendo por todas la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2018.

5º.- Las consecuencias para la Administración sanitaria y los interesados.

La **STSJ de Castilla-La Mancha nº 00025/2018, de 15 de febrero**, tras analizar la sucesión de pronunciamientos judiciales recaídos desde el año 2014 sobre la nota de corte en los procesos selectivos del Sescam, valora con carácter general las graves consecuencias que se derivan para la Administración a raíz de las recientes SSTS de diciembre de 2017, así como las consecuencias específicas para los casos como el presente, en el que los recurrentes optaron por la vía de la revisión de oficio en lugar de la impugnación directa de las bases.

Así la Sala anticipa que el SESCAM se va a ver obligado a reevaluar a todos aquéllos partícipes en los diferentes procesos selectivos, por el turno libre, que, obteniendo al menos 25 puntos, fueron excluidos por no alcanzar la nota de corte; reevaluación que puede alcanzar a cientos o miles de personas. La segunda, que a su vez deriva de la anterior, que tras la reevaluación muchos superarán el proceso selectivo. Y dicha superación debe tener y tendrá efectos económicos y administrativos para dichos partícipes y administración, y, adelantamos, no debe afectar a terceros ya aprobados.

Respecto a los efectos, la Sala distingue entre quienes impugnaron directamente las resoluciones del Tribunal Calificador, y quienes optaron por la vía de la revisión de oficio. En el primer caso cuando el recurso se estimaba, se retrotraían los efectos económicos y administrativos a la fecha en la que el afectado debiera haber superado el proceso selectivo.

En este caso en concreto se trata del ejercicio, en Procedimiento Especial de Derechos Fundamentales, mayoritariamente, de la impugnación de la desestimación, expresa o presunta, de la petición de revisión de actos firmes, al amparo del artículo 102.1 de la Ley 30/92 -LRJPAC- en relación con el artículo 62.1 a) (Art. 106 de la actual Ley de Procedimiento Administrativo-39/2015- de 1 de octubre). Y en este marco procedimental sí es posible establecer límites a la revisión, en aplicación del artículo 106 de la LRJPAC.

Para limitar los efectos derivados de la revisión de oficio, la Sala toma en consideración:

1º.- El argumento empleado para fundamentar la denegación de extensión de efectos de quienes utilizaron la vía alternativa de extensión de efectos de la STS de 2-1-2014, en esencia *“la persona que no recurre contra su eliminación de las pruebas admite tal eliminación a todos los efectos”*.

2º.- La evidencia de que nos encontramos no sólo ante numerosos procesos selectivos y en diferentes años y que además cada uno de ellos puede calificarse como masivo en tanto son muchos los partícipes y afectados

3º.- En tercer lugar, y a su vez unido a los anteriores, nos encontraríamos con los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica; *los partícipes ya aprobados y con plaza desde hace unos siete años, han creído, de buena fe, que habían ganado una plaza sin posibilidad de que su situación se alterase, teniendo en cuenta que no había existido una impugnación directa de las Bases de los Procesos antes de su celebración*

4º.- El respeto a la situación de los ya aprobados produce, obviamente, limitación en los derechos administrativos de los que vayan a superar el proceso selectivo como consecuencia de la reevaluación; y la única solución que vemos factible para compaginar los derechos de unos y otros, es que sus caminos no se crucen sino en concursos futuros.

La Sala aplica el criterio fijado por el STS de 29-9-2014 (Rec. nº 2428/2013. STS 4115/2014-) en la que se estudia el recurso interpuesto contra Sentencia del TSJ de Castilla y León de 29-9-2011 (rec. nº 2751/2008), que, acogiendo las pretensiones de los recurrentes, anula la relación de aspirantes aprobados para acceso a personal estatutario fijo -celador-, y dispuso la retroacción de actuaciones a fin de reevaluar a los partícipes

Por tanto y según la doctrina basada en los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, se concluye con el respeto a las situaciones jurídicas obtenidas por los ya aprobados.

La determinación temporal de los efectos económicos y administrativos para los recurrentes, teniendo en cuenta como se ha dicho que no pueden tener idéntico tratamiento los que formularon recurso directo y los que, amparados en la impugnación de un tercero y la Sentencia del TS, instan la revisión de oficio, vendrán referidos a la fecha en la que, reevaluado/s, se publique la lista de los que debieron superar el proceso. A tal efecto la Sala efectúa una distinción entre: a) efectos económicos y b) efectos administrativos.

Respecto a los efectos administrativos, a su vez diferencia entre los efectos de la antigüedad (que se producen desde la fecha en que debieron superar la fecha de proceso selectivo), y las consecuencias a efectos de concurso. En este último supuesto, la Sentencia precisa que la superación del proceso selectivo derivada de la reevaluación no tendrá efecto alguno sobre las plazas adjudicadas en dicho proceso, así como en los concursos ulteriores hasta esta resolución. El reconocimiento de la antigüedad desde la fecha en la que, en su caso, debieron superar el proceso selectivo, queda limitada, por tanto, para concursos futuros en los que los favorecidos podrán alegar la citada antigüedad. Se trata por tanto de una antigüedad pura o a los solos efectos de concursos futuros y de los económicos derivados de la misma (trienios).

Toledo, marzo de 2018.