JURISPRUDENTZIA
JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto / Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

https://doi.org/10.47623/ivap-rvgp.22.2022.10

Recibido: 18/04/2022 Aceptado: 02/06/2022

© 2022 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

Sumario:

I. Proceso de selección: pruebas psicotécnicas y su valoración.—II. Clases de personal empleado público: subrogación de personal en proceso de remunicipalización de servicios públicos.—III. Clases de personal empleado público: percepción del complemento de antigüedad por trabajador temporal.—IV. Carrera administrativa: diseño de promoción interna inconstitucional.—V. Carrera administrativa: inclusión de plazas de promoción interna en la oferta de empleo público.—VI. Aspectos procesales: aplicación retroactiva de un nuevo criterio jurisprudencial sobre cuantía indeterminada en materia disciplinaria.—VII. Aspectos procesales: efectos retroactivos de sentencia que corrige suspenso indebido en la oposición.

I. Proceso de selección: pruebas psicotécnicas y su valoración

En el primer apartado de esta crónica de jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en *sentencia de veintiuno de enero de 2022* (74/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 8179/2019), tiene oportunidad de pronunciarse sobre las pruebas psicotécnicas y su valoración por los tribunales calificadores de procesos selectivos.

En este caso, dos aspirantes se opusieron en vía administrativa a los resultados definitivos de unas pruebas psicotécnicas (en el marco de la convocatoria para la provisión, mediante oposición, de treinta y siete plazas del puesto de trabajo de Policía Foral, aprobada por resolución de la Directora General de Función Pública del Gobierno de Navarra). En concreto, la Directora General de la Función Pública, acumuló los recursos de alzada de los dos aspirantes y los desestimó.

Posteriormente, los dos aspirantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, el cual no atendió a sus peticiones, lo que conllevó que los aspirantes recurrieran en casación ante el Tribunal Supremo.

En el Tribunal Supremo quedó establecido el interés casacional objetivo en torno a las siguientes cuestiones: a) «si una prueba de un proceso de provisión de puestos, como sería, en este caso, el perfil profesiográfico que define los rasgos o factores a valorar en una prueba psicotécnica y su sistema de baremación (corrección) se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a la realización de la prueba, sin que este criterio admita excepciones»; y b) «cuál debe ser el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto en una prueba psicotécnica en el que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes y en qué momento debe exigirse tal deber».

En torno a la primera cuestión, el Tribunal Supremo establece que «las exigencias derivadas de los principios de publicidad y transparencia imponen que en una prueba proceso de provisión de puestos, el perfil profesiográfico que define los rasgos o factores a valorar en una prueba psicotécnica, y su sistema de baremación y corrección, de no figurar en las Bases de la convocatoria, se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a la realización de la prueba» (FD 8).

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal Supremo precisa que el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto (suspenso o no superado) en una prueba psicotécnica en la que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes, debe cumplir, al menos, estas tres exigencias: «(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de negar la aptitud de un candidato». Y añade, sobre el momento a que atañe el deber de motivación, que «tal deber ha de cumplirse en el momento de la decisión administrativa y, en todo caso, al dar respuesta a reclamaciones y recursos previos a la vía jurisdiccional, como medio adecuado para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución española» (FD 8).

De esta manera, queda fijada doctrina casacional en torno a las características de las pruebas psico-

Núm. 22 zk./2022. Págs. 184-193 or.
ISSN: 2173-6405 e-ISSN: 2531-2103

técnicas: por un lado, el perfil profesiográfico ha de exponerse antes de la realización de la prueba; y, por otro, el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto en una prueba psicotécnica debe expresar las fuentes de información en que se basa el juicio técnico, consignar los criterios de valoración cualitativa del juicio técnico, amén de explicar de qué manera la aplicación de esos criterios conduce a declarar la inaptitud de un candidato concreto. Y es que en el caso examinado nada se decía antes de la prueba sobre el perfil profesiográfico del puesto (es decir, sobre qué es lo que se ha de valorar por el órgano encargado para que así determine si las personas aspirantes encajan en el puesto), no se concretaba en qué iba a consistir la prueba psicotécnica o si estaría integrada por uno o varios ejercicios, ni se fijaban las variables a valorar, ni se precisaba, en fin, cómo se valoraría la prueba psicotécnica o cuál sería el sistema de corrección (ej. no se sabía si todas las respuestas tenían el mismo peso, ni como se consideraban las respuestas erróneas, ni si penalizaban o no las preguntas no contestadas).

De resultas de todo ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula la sentencia recurrida. Ahora bien, en cuanto a las pretensiones de reconocimiento de derecho ejercitadas, no se atiende la solicitud de los recurrentes de ser declarados aptos en la prueba psicotécnica y avanzar en el proceso selectivo, sino que «el pronunciamiento de anulación del acto administrativo impugnado solo conlleva el reconocimiento del derecho a realizar la prueba psicotécnica con las garantías establecidas en esta sentencia, sin que ello afecte a los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables. Por ello, se ordena la retroacción de las actuaciones del procedimiento selectivo al momento anterior a la celebración de la tercera prueba de la fase de oposición, a fin de que volviéndose a reunir el órgano calificador, previo establecimiento y publicidad del perfil, criterios de baremación y de corrección, se proceda a su repetición y a su posterior calificación, con continuación del proceso selectivo por todos los trámites establecidos en la convocatoria hasta su conclusión en el caso de que fuesen declarados aptos. Ello de manera que, si superasen el resto de las pruebas logrando una puntuación total que supere a la del último de los aspirantes que logró plaza, se declarará por la Administración el derecho a ser nombrados funcionarios con efectos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento» (FD 8).

II. Clases de personal empleado público: subrogación de personal en proceso de remunicipalización de servicios públicos

La integración del personal trabajador de las empresas contratistas de obras o servicios públicos en las entidades públicas o privadas del sector público resulta una cuestión de gran actualidad e interés, donde se pueden distinguir varios supuestos y variables. El Tribunal Supremo, en *sentencia de uno de febrero de 2022* (89/2021, Sala de lo Social, Pleno, recurso núm. 3777/2020) consagra su atención a un caso de este tipo, que desarrollamos a continuación, y que se condensa en si la trabajadora de una empresa privada, cuando pasa a tener como empleador al Ayuntamiento, mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo.

El Ayuntamiento de Pamplona tenía organizado el servicio de asistencia domiciliaria a través de dos empresas (una de carácter público, de capital municipal, y otra privada) y en 2017 asume directamente la gestión de dicha actividad, quedando subrogada en los derechos y obligaciones de las dos empresas respecto de sus plantillas; la demandante venía prestando servicios para la mercantil privada citada, mediante contrato de trabajo a tiempo completo y de duración indefinida, y el ayuntamiento le comunicó que quedaba integrada en la plantilla orgánica del Ayuntamiento como personal indefinido no fijo (hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización). A continuación, la trabajadora interpone demanda interesando la declaración de que ostenta la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona, invocando la regulación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina de la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira) y el Juzgado de lo Social correspondiente le reconoce la solicitada condición de trabajadora fija.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución por el Ayuntamiento de Pamplona, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia estimando el recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social. Contra la sentencia dictada en suplicación se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida una dada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 17 de octubre de 2013 (rec. 225/2013).

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declara que el Ayuntamiento que —en el contexto de un proceso de remunicipalización— absorbe unos servicios municipales que venía prestando la empresa contratista, debe respetar las condiciones contractuales del personal transferido, entre ellas el carácter fijo de los contratos de trabajo (en otras palabras, tanto el propio concepto de subrogación como su regulación —en una visión compartida por las normas de la Unión Europea— exigen que el nuevo empleador se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición).

Por lo tanto, descarta el Tribunal Supremo que ese supuesto de reversión comporte la aplicación de la figura de personal indefinido no fijo (en adelante PINF): «Hay un par de poderosas razones por las que no consideramos acertada la aplicación de la condición de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una trasmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración Pública». Argumenta: «En primer término, la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras. (...) Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF. La Sra. Eugenia prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, por lo que la alteración acogida por la sentencia recurrida menoscaba su posición. La "no fijeza" viene a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza»; y añade: «En segundo lugar, la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público»; para terminar: «Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de una situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente» (FD 6).

A la vista de lo señalado, el Tribunal Supremo señala: «debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición», por lo que la trabajadora ve estimado su recurso y gana firmeza la sentencia del Juzgado de lo Social, quedando declarado que la demandante, en virtud de sucesión empresarial, ostenta la cualidad de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona.

Finalmente señalaremos que el Tribunal Supremo advierte que esta doctrina no permite amparar supuestos fraudulentos (incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera que acabaría integrándose en la Administración) y que la solución acogida «posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad cuando ya no suceda así. (...) La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar» (FD 8).

III. Clases de personal empleado público: percepción del complemento de antigüedad por personal trabajador temporal

Continuamos en este apartado con una cuestión ventilada, al igual que la del apartado anterior, en la jurisdicción social y relacionada con la desigualdad de trato entre personal fijo y temporal de la administración pública. Se trata de dilucidar si las personas trabajadoras temporales tienen derecho al complemento de antigüedad, aunque tal complemento no lo tengan reconocido ni en el convenio colectivo ni en el contrato de trabajo, al tiempo que el personal fijo sí lo está cobrando.

El Tribunal Supremo, en *sentencia de quince de diciembre de 2021* (1269/2021, Sala de lo Social, Sección 1.ª, recurso núm. 3791/2018), ya lo adelantamos, entiende que las personas trabajadoras temporales —tales como el demandante, que venía trabajando diez años, desde 2007 a 2017, para la administración municipal de un pueblo granadino, sin que se dijera nada en su contrato de trabajo o convenio colectivo

sobre la antigüedad— tienen derecho a recibir los trienios correspondientes.

La trabajadora había sometido la cuestión al Juzgado de lo Social correspondiente, cuya sentencia desestimatoria, dictada en 2017, recurrió posteriormente en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual desestimó su pretensión. Finalmente, la demandante planteó la casación para la unificación de doctrina; para ello, propone como sentencia de contraste una dictada por el Supremo el 26 de diciembre de 2006 (recurso núm. 3843/2005).

En la demanda que dio origen a todas las actuaciones judiciales, reclamaba la actora el reconocimiento del derecho a la percepción de los complementos salariales que le corresponderían a su antigüedad en las mismas condiciones que el resto del personal funcionario y de los laborales fijos de la entidad demandada; también reclamaba el abono de las diferencias devengadas desde la fecha de inicio de la prestación de servicios.

La única cuestión que se suscita en el recurso de casación para la unificación de doctrina es la de determinar si la trabajadora temporal tiene derecho, de igual manera que el personal trabajador indefinido, un derecho a la percepción del complemento de antigüedad, y ello por existir una evidente y manifiesta discriminación entre el personal trabajador integrante del mismo centro de trabajo, los cuáles realizan igual trabajo en igual tiempo de servicio.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia ahora recurrida, en sintonía con el primer fallo combatido, desestimaba la demanda. Se fundaba para ello en que las retribuciones básicas de los funcionarios tienen un régimen jurídico distinto (dada la distinta naturaleza de su relación) y en que en el supuesto de autos no existía previsión en el convenio colectivo aplicable al personal laboral, ni en el contrato de trabajo de la persona trabajadora, en el que se contemplara el derecho a las cantidades reclamadas. En definitiva, no se apreciaba la discriminación invocada, ya que la entidad demandada tenía una justificación objetiva para no abonar el complemento de antigüedad, al no estar previsto ni legal, ni convencional, ni contractualmente. La sentencia referencial para plantear el recurso de casación, en cambio, declara el derecho de las personas trabajadoras a percibir complementos relacionados con la antigüedad.

El Tribunal Supremo desarrolla la siguiente argumentación: en primer lugar, establece que «el principio de no discriminación entre los trabajadores con contrato temporal y los trabajadores indefinidos se aplica a las condiciones de empleo, entre las que figura la retribución, que incluye el complemento de antigüedad»; a continuación, recuerda su proceder «en línea con la doctrina seguida por esta Sala en múltiples ocasiones, en las que se ha mantenido la procedencia de reconocer —en general— el complemento de antigüedad en favor de los trabajadores temporales, pese a la indicación en contrario por parte de la norma pactada colectiva»; viniendo a ser que «tal decisión se refuerza con otras afirmaciones ofrecidas por la jurisprudencia constitucional». Por ello, «No existen en el caso razones objetivas que justifiquen ese desigual tratamiento del personal temporal respecto al fijo, conforme a lo dispuesto en el art. 15.6 ET (...) Esa protección del derecho a la igualdad viene consagrada en el art. 14 CE, y en la Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, que garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables (...) ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre esta misma materia en relación con los derechos de promoción profesional» (FD 3).

En resumen, se estima el recurso de casación del trabajador y se le reconoce el derecho al cobro del complemento de antigüedad desde el año 2007.

IV. Carrera administrativa: diseño de promoción interna inconstitucional

En este apartado de la crónica de jurisprudencia vamos a referirnos a una sentencia del Tribunal Constitucional donde se trata sobre la titularidad de competencias en materia de empleo público, concretamente con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en *sentencia de 8 de febrero de 2022* (sentencia 17/2022, pleno, cuestión de inconstitucionalidad n.º 1143/2021, BOE de 10 de marzo de 2022), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid (ley que precisamente ya había sido objeto de otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional por una cuestión similar en la sentencia 171/2020, de

16 de noviembre, de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 168/2000, promovida por el juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 9 de Madrid, BOE 22 de diciembre de 2020).

La sentencia de la que nos ocupamos declara que las disposiciones transitorias primera, apartado primero, y tercera de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid, son inconstitucionales y nulas. En el presente comentario prescindiremos de las circunstancias concretas y personales del caso que dieron lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y nos centraremos en la discusión jurídica de fondo: el diseño por una ley autonómica de un sistema de promoción interna que choca presuntamente con la legislación básica del Estado sobre la materia.

El Tribunal Constitucional señala que es competencia del Estado, en base al art. 149.1.18 CE, el establecimiento de los requisitos o criterios mínimos en materia de promoción interna, pues las condiciones de promoción de la carrera administrativa integran uno de los aspectos del régimen estatutario del personal funcionario público que, forzosamente, ha de ser definido por el Estado. También recuerda la regulación —de carácter básica— establecida en torno a esta figura en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: art. 16.3 c) TRLEEP (donde se define la promoción interna vertical como aquella que «consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo, o grupo de clasificación profesional en el supuesto de que este no tenga subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18»); el art 18.1 TRLEEP (establece el régimen de la promoción interna del personal funcionario de carrera y exige que se realice «mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto»); y el art. 18.2 («los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior subgrupo, o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas»). De este examen se deduce que «las bases en materia de función pública, que establecen un marco común de regulación aplicable a todos los funcionarios públicos del Estado, que puede ser desarrollado pero no desconocido por las comunidades autónomas, prohíben la integración automática de tales empleados públicos en los grupos de titulación superior, toda vez que exigen, para la promoción interna, no solo estar en posesión de la titulación requerida, sino también la superación de unas pruebas selectivas. Por tanto, una vía de promoción interna establecida por disposiciones legales autonómicas que prescindiera de alguno de estos dos elementos, titulación y proceso selectivo, implicaría el «desconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que "menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento"» (STC 154/2017, FJ 8, que cita la STC 388/1993, de 23 de diciembre, FJ 2). Así lo hemos recordado también en la STC 171/2020, de 16 de noviembre, que enjuició el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018» (FJ 4).

Pues bien, declara el Tribunal Constitucional sobre la legislación autonómica madrileña enjuiciada: «La norma cuestionada, atendiendo solamente al requisito de la titulación, determina la integración directa y automática en los subgrupos A1, A2 o C1, correspondientes a las escalas técnica, ejecutiva y básica previstas en el art. 33 de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2018, respectivamente, de todos aquellos funcionarios de policía local que ostenten la titulación académica correspondiente a dichos subgrupos. Sin embargo, como se acaba de exponer, en el sistema de promoción interna que regulan las bases, la posesión de la titulación académica es un requisito necesario, pero no suficiente, puesto que también se requiere superar unas pruebas selectivas. Frente a la taxativa exigencia de un proceso selectivo como requisito para la promoción interna, la norma autonómica dispone, por el contrario, que esa integración en los nuevos subgrupos de titulación, consecuencia de la nueva estructura introducida por la Ley controvertida, es directa y queda únicamente condicionada a ostentar la titulación académica correspondiente, sin hacer mención a prueba selectiva alguna» (FJ 4). Por consiguiente, como hemos adelantado, las disposiciones transitorias primera, apartado primero, y tercera de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid se declaran inconstitucionales y nulas, por basar la promoción interna exclusivamente en la posesión de la titulación académica, prescindiendo de la superación de las correspondientes pruebas selectivas tal y como establece la legislación básica estatal.

Núm. 22 zk./2022. Págs. 184-193 or.
ISSN: 2173-6405 e-ISSN: 2531-2103

V. Carrera administrativa: inclusión de plazas de promoción interna en la oferta de empleo público

Continuamos con una cuestión relacionada con la figura de la promoción interna, resuelta por el Tribunal Supremo en *sentencia de tres de marzo de dos mil veintidós* (270/2022, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.º, recurso núm. 7731/201) y relacionada con la necesidad de incluir entre las plazas de las ofertas de empleo público también las plazas que deban ser ofertadas en procesos selectivos de promoción interna (esto es, si las plazas a cubrir por promoción interna deben incluirse en la Oferta de empleo público, según se señala como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, quedando identificada como norma jurídica objeto de interpretación el artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público).

Prescindiendo, al igual que hemos hecho en el apartado anterior referido asimismo a la promoción interna, de las circunstancias concretas y personales del caso nos centraremos en la cuestión jurídica de fondo. Como reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia: «Aunque la promoción interna es una modalidad de carrera profesional y no un sistema para el acceso (nuevo ingreso) al empleo público y, por ello, pudiera efectuarse una primera y negativa aproximación a la respuesta que demos a la cuestión de interés casacional planteada, afirmando que el artículo 70.1 del EBEP no se estaría refiriendo directamente a la promoción interna cuando habla de necesidades de recursos humanos que deban proveerse mediante la «incorporación de personal de nuevo ingreso», la conclusión ha de ser otra de signo contrario» (FD 9).

Afirma el Tribunal Supremo que se debe hacer una «interpretación amplia del concepto de oferta de empleo público, como comprensiva de todas las plazas vacantes y dotadas presupuestariamente que vayan a ofertarse a la incorporación de nuevo personal, que entendemos conveniente para llegar a precisar el alcance del transcrito inciso inicial del artículo 70.1 del EBEP y que, ante todo, consideramos adecuada a los principios esenciales de buena regulación que consagra el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, particularmente el de transparencia. Este principio contribuye a garantizar la clara delimitación y concreción de los objetivos de la oferta de empleo y, además, posibilita que los potenciales destinatarios de la oferta tengan un conocimiento más exacto de las plazas que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso. (...) A ello nos llevan también diversos pronunciamientos que esta Sala ya ha efectuado, como son: a) la sentencia de 29 de febrero de 2000, referida a la LMRFP pero cuyo sentido debe hacerse ahora respecto del artículo 70.1 del EBEP, cuyo contenido es esencialmente el mismo que el del artículo 18 de la Ley de medidas 30/1984, puesto que cuando establece la exigencia de inclusión de las plazas que deban proveerse no contempla salvedad alguna para la exclusión de las plazas reservadas al sistema de promoción interna. Por tanto, ante la no exclusión expresa debe afirmarse que la previsión legal de inclusión alcanza a la promoción interna. b) la sentencia de 20 de enero de 1992, en orden a que la reserva de plazas para promoción interna, a pesar de la inexistencia de previsión legal expresa, debe ser observada. Empleábamos para ello un argumento que presenta clara semejanza con el expuesto en el anterior apartado: la exigencia de que no sea desconocido el principio general de las pruebas libres de acceso determina que sea exigible que en la oferta aparezcan suficientes plazas, excluidas de la promoción interna, como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado. Si con la oferta de empleo público se decide qué plazas vacantes, dotadas presupuestariamente, son llamadas a ser cubiertas a través de los correspondientes procesos selectivos de ingreso, no es difícil advertir que ello afectará o tendrá influencia en la necesidad de determinar cuáles de esas plazas vacantes quedarán reservadas a promoción interna» (FD 9).

Por consiguiente: «Con lo expuesto en los anteriores fundamentos respondemos a la cuestión de interés casacional objetivo afirmando que la expresión que el artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP— debe ser interpretada en el sentido de que la previsión de inclusión de plazas en la oferta de empleo público alcanza a las plazas que deban ser ofertadas a procesos selectivos de promoción interna» (FD 9).

Y en el caso concreto se anulan las bases de una convocatoria de promoción interna por considerar que vulnera el mandato de su previa inclusión en la oferta de empleo, lo que conlleva la anulación de la convocatoria impugnada por ser contraria a un precepto legal inequívoco.

Núm. 22 zk./2022. Págs. 184-193 or.
ISSN: 2173-6405 e-ISSN: 2531-2103

VI. Aspectos procesales: aplicación retroactiva de un nuevo criterio jurisprudencial sobre cuantía indeterminada en materia disciplinaria

En una crónica anterior —en concreto, en la correspondiente al número 20 de esta revista— hablábamos de un par de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cuantía a efectos procesales del objeto litigioso en materia de empleo público.

Se recogía allí la sentencia del Tribunal Supremo de seis de mayo de 2021 (636/2021, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 5739/2021), la cual debía clarificar la siguiente cuestión de interés casacional: «si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción disciplinaria de suspensión de funciones, con pérdida de las retribuciones correspondientes, cuando estas resultan inferiores a 30.000 euros; y segundo, de ser la cuantía determinable, qué conceptos han de ser tomados en consideración para el cálculo y fijación de la cuantía del recurso»; en cuanto a la resolución, la sentencia establecía que: «debemos, responder a la cuestión que nos ha sometido el auto de admisión en el mismo sentido en que nos pronunciamos en la sentencia núm. 709/2019, de 28 de mayo (rec. cas. núm. 262/2016) y en la sentencia núm. 153/2020, de 6 de febrero (rec. cas. núm. 2909/2017). Es decir, hemos de manifestar que la cuantía del recurso es indeterminada ya que, además de efectos susceptibles de valoración económica, la sanción de suspensión de empleo y sueldo implica consecuencias no reducibles a términos pecuniarios».

Ahora traemos a colación la *sentencia del Tribunal Supremo de catorce de marzo de 2021* (319/2022, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 354/2019), donde —con motivo de la sanción que impone una universidad a una docente—, se vendrá a responder a lo señalado en el auto de admisión en los siguientes términos: «Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las consistentes en determinar, primero, si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción disciplinaria de suspensión de funciones, con pérdida de las retribuciones correspondientes, cuando estas resultan inferiores a 30.000 euros; y segundo, de ser la cuantía determinable, qué conceptos han de ser tomados en consideración para el cálculo y fijación de la cuantía del recurso».

Pero, además de ese asunto, cuyo desenlace ya podíamos prever —y respecto del cual así se expresa la sentencia—: «el actual criterio jurisprudencial sobre el acceso al recurso de apelación de asuntos que versan sobre sanciones disciplinarias de suspensión de empleo y sueldo es que son de cuantía indeterminada. Y en el presente caso no cabe apreciar ninguna circunstancia por la que dicho criterio jurisprudencial no haya de aplicarse» (FD 4), el Tribunal Supremo se ocupa de la cuestión de la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial sobre cuantía indeterminada en materia disciplinaria y precisa: «los cambios jurisprudenciales, por su propia naturaleza, afectan a concretos litigios que en el momento de iniciarse estaban sometidos a una interpretación diferente de las normas relevantes. Hablar de retroactividad con respecto a los cambios jurisprudenciales puede así no ser enteramente preciso, pues se trata de una categoría tradicionalmente pensada y perfilada para las normas de Derecho escrito. Pero, admitiendo a efectos argumentativos que dicha categoría pueda aplicarse a la jurisprudencia, es indiscutible que la aplicación de nuevos criterios jurisprudenciales a situaciones nacidas con anterioridad no tendría más topes que los previstos para las leyes, es decir, los impuestos en el art. 9.3 de la Constitución: que la nueva regla suponga una agravación en materia sancionadora, o que implique una restricción de derechos individuales». Por todo ello, y en referencia al caso de que nos ocupamos, se establece que: «En casos como el presente, el nuevo criterio jurisprudencial trae consigo una ventaja para quienes son sancionados disciplinariamente, por lo que se trataría de retroactividad favorable y, por tanto, no prohibida por el citado precepto constitucional» (FD 4).

Lo cual conlleva que se estime el recurso de casación interpuesto por una persona empleada pública contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual queda anulada, y que se retrotraigan las actuaciones al citado órgano judicial para que —una vez declarado admisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del juzgado contencioso-administrativo que versaba sobre la sanción cuya cuantía no superaba los límites establecidos para el recurso de apelación en el art. 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa— se pronuncie sobre el fondo del mismo.

Y es que en el momento de ventilarse el recurso de apelación en el Tribunal Superior de Justicia —sep-

Núm. 22 zk./2022. Págs. 184-193 or.
ISSN: 2173-6405 e-ISSN: 2531-2103

tiembre de 2018— aún no existía el criterio jurisprudencial aplicable al caso y que declara la cuantía como indeterminada, por lo que la sentencia de apelación no entró en el fondo (por no superar la cuantía del asunto el umbral de los 30.000 euros necesarios para el recurso de apelación). Esto es lo que la alega la Universidad en el escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por la docente: que no se puede anular una sentencia que en el momento en que fue dictaba se ajustaba a la interpretación de la norma aplicable consagrada por el Tribunal Supremo; pero, tal y como hemos señalado, se admite la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial favorable para el sancionado de forma retroactiva en los términos reseñados.

VII. Aspectos procesales: efectos retroactivos de sentencia que corrige suspenso indebido en la oposición

En la última sección de esta crónica de jurisprudencia vamos a hacernos eco de un pronunciamiento jurisdiccional relacionado con los efectos retroactivos de una sentencia que corrige los resultados de un proceso de selección de personal.

Resumimos a continuación los detalles del caso. Una aspirante se presentó a la convocatoria de oposición libre a la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, convocado por resolución de 18 de abril de 2017. Fue suspendida en la tercera prueba, la entrevista personal, siendo declarada como «no apta». La aspirante presentó un recurso de alzada, que fue resuelto negativamente un año más tarde, en abril de 2018. Posteriormente, la aspirante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El Tribunal Superior de Justicia falló, en su Sentencia 279/2021 de 12 de febrero, a favor de la recurrente: concluyó que la valoración de la aspirante no había sido correcta y que lo que correspondía era dar por válida la capacidad de la aspirante para ser agente de Policía, al darse como superada la entrevista personal; asimismo, acordó que, en el supuesto de superar los test psicotécnicos del proceso selectivo inmediato, la aspirante se incorporaría a la Escuela Nacional de Policía, a fin de llevar a cabo el periodo práctico de formación de carácter selectivo y, en caso de superar el periodo práctico, sería nombrada miembro de la Escala Básica, categoría de policía, del Cuerpo Nacional de Policía, escalafonándosela en el puesto que le hubiera correspondido con el número correspondiente a la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, con la misma antigüedad y resto de efectos económicos y administrativos que los obtenidos por quienes superaron esa convocatoria.

Contra la referida sentencia presentó la administración recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en «determinar si los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, dictados en sustitución y desarrollo de otros previos anulados judicialmente y que determinaron la exclusión de aspirantes de aquél, comportan eficacia retroactiva a los efectos del artículo 39.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ello de manera que (i) pueda entenderse que en esos aspirantes concurriesen los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y, (ii) deban tener la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo» (FD 2).

La respuesta a la cuestión de interés casacional viene a ser la siguiente: «A la vista de la jurisprudencia consolidada la respuesta a la cuestión de interés casacional es que los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, dictados en sustitución y desarrollo de otros previos anulados judicialmente y que determinaron la exclusión de aspirantes de aquél, comportan eficacia retroactiva a los efectos del artículo 39.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ello de manera que (i) puede entenderse que en esos aspirantes concurren los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y, (ii) deben tener la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo» (FD 6).

Todo ello acarrea, por tanto, que no prospere el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que a la aspirante se la debe escalafonar en el puesto que le hubiera correspondido en la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, con la misma antigüedad y resto de efectos económicos y administrativos que los obteni-

dos por quienes superaron esta convocatoria (por un lado, se le abonarán las cantidades correspondientes a las diferencias que pudieran existir entre las retribuciones que perciba la recurrente en la fase de formación a la que fuere llamado y las que deberían habérsele abonado de haber sido designada Policía en el mismo momento en el que fueron nombrados como tales los compañeros de la promoción en la que concurrió; por otro, al liquidar las cantidades a abonar por salarios dejados de percibir desde que debiera haber sido nombrada, habrán de deducirse aquellas otras cantidades que la demandante hubiera, en su caso, recibido por actividades o conceptos incompatibles con la actividad policial —como por ejemplo, salarios por otras actividades privadas o públicas que no habría podido desarrollar de haber aprobado, desempleo, etc.—; finalmente, la cantidad resultante se verá incrementada por los intereses correspondientes).