

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00242/2020

N.I.G: 07040 33 3 2014 0104910

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000224 /2014

Sobre FUNCION PUBLICA

De D/ña. ANTONIO OLIVES RODRIGUEZ

Abogado: EMILIO SANTIAGO ORFILA CARDELUS

Procurador: SANTIAGO BARBER CARDONA

Contra D/ña. SERVEI DE SALUT DE LES ILLES BALEARS IB-SALUT, [REDACTED]

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD, MERCEDES MORAGON PLANAS

Procurador: , ANTONIO CANALS MEDINA

SENTÈNCIA núm. 242

Il·lès. Srs.

Palma, a 27 de maig de 2020

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Carmen Frigola Castellón. ----- VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears les actuacions número 224 de 2014, dimanants del recurs contenciós administratiu seguit entre parts, d'una, com a demandant, el Sr. Antonio Olives Rodríguez, representat pel procurador dels Tribunals Sr. Barber Cardona i assistit per l'advocat Sr. Orfila Cardelús, i, d'altra, com a Administració

demandada, la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, representada i assistida pel seu advocat. En la qualitat de part codemandada ha intervingut la Sra. [REDACTED] representada pel procurador Sr. Cardona Medina i dirigida per la lletrada Sra. Moragón Planas.

L'objecte del recurs són dues resolucions:

1era.- La dictada pel director general del Servei de Salut de les Illes Balears, el 10 de març de 2014, per delegació del conseller de Salut, Família i Benestar Social, desestimant la reposició articulada pel Sr. Olives Rodríguez contra anterior de 22 de novembre de 2013, i publicada que fou en el BOIB núm. 169 de 7 de desembre de 2013, aprovant-se la llista d'aspirants que havien superat el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila.

2na.- La de 4 de febrer de 2014 dels referits òrgans de l'Administració, publicada en el BOIB del dia 8 següent, en virtut de la qual es va nomenar personal estatutari fix de la categoria FEA i del Sector sanitari al·ludit a la Sra. [REDACTED].

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment seguit ha estat el del tràmit de l'ordinari previst a la Llei Jurisdiccional 29/1998.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila, President de la Sala, en qualitat de magistrat ponent, expressa el parer del Tribunal.

= ANTECEDENTS DE FET =

1r.- Interposat el recurs en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional se li donà el tràmit processal adequat, ordenant-se reclamar l'expedient administratiu i anunciar la seva incoació.

2n.- Rebut l'expedient administratiu es va posar de manifest en Secretaria a la part recurrent perquè formalitzés la demanda. La referida demanda fou deduïda dins el termini legal al·legant-se en ella els fets i fonaments de dret que s'estimaren necessaris en ordre a les seves pretensions i interessant de la Sala que es dictés sentència estimatòria del recurs per ser contraris a l'ordenament jurídic els actes administratius impugnats.

3r.- Donat trasllat de l'escrit de demanda a les representacions de l'Administració demandada i de la part codemandada perquè la contestessin, així ho varen fer en temps i forma, oposant-se a ella i suplicant que es dictés sentència confirmatòria dels actes administratius recorreguts.

4r.- A través del corresponent Acte es rebé el plet a prova que devia versà sobre els punts de fet interessats per les parts. Proposta i admesa que fou en forma, es practicà amb el resultat que és de veure a les actuacions.

5è.- Per provisió es declarà conclosa la discussió escrita i el període probatori, ordenant-se portar les actuacions a la vista, amb citació de les parts per a sentència, acordant que aquestes formularan les conclusions per escrit; cosa que així varen fer, i s'assenyalà a continuació, per a la votació i decisió, el dia 21 de juny de 2016.

6è.- El dia 13 de juliol de 2016 vàrem dictar la sentència núm. 425. A la seva decisió acordàrem:

“PRIMER.- ESTIMAR el present recurs contenciós administratiu.

SEGON.- DECLARAR nuls els actes administratius impugnats.

TERCER.- DECLAREM el dret del Sr. Antonio Olives Rodríguez a figurar en 1r. lloc, únic en el cas, de la llista d'aspirants que van superar el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila i al seu nomenament com a personal estatutari fix de la categoria facultatiu especialista de l'àrea de dermatologia medico quirúrgica i venereologia corresponent al referit Sector sanitari i hospital. Declaració que comporta, a més, la **condemna** a la demandada **a estar i passar** per ella i adoptar les resolucions i mesures oportunes per tal de dur a terme el contingut de la present.

QUART.- Es fa una expressa imposició de costes processals a les parts demandada i codemandada que hauran d'abonar per meitat”.

La fonamentació jurídica en la qual es va arribar a l'anterior decisió, prèvia cita de quines eren les resolucions recorregudes, fou la següent:

“Resolucions administratives que tenien el seu origen en la convocatòria general de 30 de desembre de 2009, publicada que fou en el BOIB de 14 de gener de 2010, acordada pel conseller de Salut, Família i Benestar Social on s'establien les bases comunes que en règim descentralitzat per sectors sanitaris havien de regir les proves selectives per cobrir places vacants de la categoria FEA, entre d'altres i en el que és aquí l'objecte de debat en el sector sanitari de Menorca, la de dermatologia medico quirúrgica i venereologia. En concret 1 plaça.

La convocatòria es va produir el dia 29 de setembre de 2011 sent publicada posteriorment en el BOIB.

El recurrent Sr. Olives Rodríguez va presentar la seva sol·licitud de participació i, després, el seu nom va aparèixer a la llista provisional d'aspirants admesos i exclosos. Resolució de 21 de novembre de 2011 que es va publicar en el BOIB de 29 següent. No hi apareixia la part avui codemandada Sra. [REDACTED], és a dir, no hi figurava ni com a admesa ni com a exclosa.

Uns dies més tard de la referida resolució i abans de l'esmentada publicació, concretament el 25 de novembre, es va dictar altra resolució de la consellera de Salut, Família i Benestar Social nomenant als membres del tribunal qualificador. En concret i pel que fa al cas que analitzem, conformat per 7 persones, una presidenta i 6 vocals.

El següent 2 de desembre de 2011 la Sra. [REDACTED] va presentar un escrit, registre d'entrada núm. 2011/8079, on afirmava que havia efectuat la sol·licitud i abonat la corresponent taxa l'anterior 2 de novembre, dins el termini establert.

L'Administració, així ho reconeixen les resolucions administratives recorregudes, va acceptar que es tractava d'un error imputable a la pròpia Administració. El 16 de gener de 2012 es va aprovar la llista definitiva i en la qual ja hi figuraven els dos aspirants, el Sr. Olives i la Sra. [REDACTED].

El primer exercici, de caràcter escrit, es va celebrar el dia 15 de febrer següent. A l'acta redactada no hi ha constància que la Sra. [REDACTED] s'hagués identificat o no de forma fefaent amb el DNI, tal i com reiteradament ha anat denunciant el recurrent al llarg de tot el debat. El resultat d'aquest exercici fou de 37 punts per a la Sra. [REDACTED] i 27,62 punts per al Sr. Olives. Puntuació que va ser objecte de reclamació i/o revisió per part del segon. El tribunal qualificador es va reunir el 22 de març de 2012 i va rebutjar l'anterior mantenint el resultat.

El 30 de març següent es va dur a terme el 2n exercici, de caràcter oral, i que tenia per objecte contestar una sèrie de preguntes sobre les matèries desenvolupades pel examinant al 1r. exercici tal i com es preveia a la base 6.2.b) i). Aquí, sobre aquest exercici també hi col·loca les seves queixes el recurrent i que ara per ara no és necessari analitzar amb l'excepció, clar està, que determinés el possible resultat del contenciós i sobre la qual cosa ens hi pronunciariem més endavant. El 2n exercici, pel que ara ens importa, va determinar una puntuació per a la Sra. [REDACTED] de 26 punts i de 22 punts per al Sr. Olives.

També, a l'igual que va succeir en el 1r, fou interessada la revisió de la puntuació per part del Sr. Olives. La referida prova oral no fou modificada segons l'acord del tribunal del dia 30 d'abril de 2011. Sobre el contingut d'aquesta acta i altres anteriors incideix el recurrent en els nombrosos defectes que presenta, defectes que esmicola un per un. Ens remetem al que hem assenyalat al paràgraf anterior.

El 1r exercici, doncs, va concloure amb la puntuació total de 63 i 49,62 punts, respectivament, per a la Sra. [REDACTED] i per al Sr. Olives.

La valoració dels mèrits per a la fase de concurs es va dur a terme el dia 22 d'abril de 2013. El resultat fou de 8'121 per a la primera, la Sra. [REDACTED], tots ells d'activitats formatives, i de 17,100 punts pel segon, el Sr. Olives, desglossats en 3 per a les activitats formatives, 1 de català i altres 13,100 d'experiència professional.

Disconforme el Sr. Olives, el dia 30 d'abril, va interessar la revisió de la valoració puntuació dels seus mèrits ja que no s'havia fet en relació a l'estada a l'Hospital geriàtric de Blackeberg, a l'Hospital del Comtat de Ljunby en dues ocasions, en el Centre de Medicina privada de Srtömsnäsbruk i a l'Europakliniken d'Estocolm. També va qüestionar els de la Sra. [REDACTED]. L'11 de juliol de 2011 el tribunal qualificador no va efectuar cap canvi. Va admetre els mèrits presentats tal i com ho havia resolt.

El 19 de novembre de 2011 el tribunal qualificador va remetre al conseller de Salut, Família i Benestar Social del Govern Balear, després de la seva aprovació, la llista d'aspirants que havien superat el procés selectiu. Hi figurava, pel que afecta al sector sanitari de Menorca, la Sra. [REDACTED] amb una puntuació definitiva de 71,121 i en la relació complementària de la persona aspirant, el Sr. Olives Rodríguez, amb 66,720 punts.

SEGON.- La demanda, profusa i detallada, qüestiona la validesa de les resolucions administratives impugnades des dels següents arguments:

1r.- La vulneració dels principis d'objectivitat, imparcialitat, independència, igualtat, mèrit i capacitat i interdicció de l'arbitrarietat en el procés de selecció.

2n.- Falta d'inclusió de l'aspirant en la llista provisional d'admesos i exclosos, la qual cosa suposa que no va presentar la sol·licitud de participació i no va abonar la taxa en el termini preceptivament assenyalat; per tant, era preceptiva l'exclusió de la Sra. [REDACTED] del procés de selecció.

3r.- Publicació de la llista definitiva d'admesos més d'un mes després d'haver-se publicat el nomenament del Tribunal amb infracció del principi de transparència.

4rt.- Les pràctiques clíniques dutes a terme per l'aspirant Sra. [REDACTED] amb el Dr. Matos Mula, vocal del Tribunal, durant fases claus del procediment de selecció suposen la vulneració del principi d'imparcialitat.

5è.- L'aspirant no va acreditar la seva identitat per participar en el 1r exercici de l'oposició amb infracció del que es preveia a les bases 7.6 i 7.9 de la convocatòria.

6è.- Falta d'accés a l'expedient administratiu causant-li indefensió.

7è.- Invàlida constitució del tribunal qualificador amb infracció de les bases 5.2 i 6.2.a) vii). Nul·litat de ple dret.

8è.- Límits a l'exercici de la discrecionalitat tècnica: fases d'oposició i concurs de mèrits, i

9è.- Desviació de poder.

SEGON.- Se'ns dirà, i sobre aquesta qüestió i posa èmfasi l'actor, que un dels vocals era el Dr. Mato Mula, persona que preparava a la Sra. [REDACTED]. No fou impugnat el seu nomenament en la mesura, afirma l'actor, que la Sra. [REDACTED] no estava dins la llista provisional d'admesos i exclosos.

Altra consideració de la part actora estreba en el fet, així ho afirma, que la relació entre la referida Sra. [REDACTED] i la presidenta del Tribunal Dra. Taberner, el vocal Dr. Rocamora i el Dr. Cros (apoderat irregular del tribunal, així ho cita la direcció lletrada de l'actor en la mesura que no sent vocal va participar en el procés de selecció en moments clau com, per ex. l'examen escrit) eren especials.

També col·loca en el fel de la balança que la reclamació i abonament de la taxa corresponent per part de la Sra. [REDACTED] va esdevenir fora de termini el 2 de desembre de 2011 quan ja estava nomenat el Tribunal. És més, es segueix queixant, constituït el Tribunal qualificador, Sector sanitari de Menorca, juntament amb 3 altres que no són del cas – doncs hi havia 4 tribunals independents conformats per les mateixes persones, Tramuntana, Ponent, Menorca i Eivissa - el dia 11 de gener de 2012, tan sols va estar conformat per la presidenta, secretari i 3 vocals, mentre que a l'acta apareixen com a què hi assistiren també els vocals 3r, 4rt i 5è.

Cal assenyalar que la base 5.3 de la convocatòria permetia que, i amb la finalitat de garantir l'homogeneïtat de les proves selectives i la valoració dels mèrits dels aspirants, es poguessin nomenar als mateixos membres del tribunal a tots els sectors sanitaris.

Per altra banda i en relació al personal col·laborador del tribunal en el desenvolupament de les proves al sector sanitari, personal per tal de dur a terme labors de vigilància, coordinació i similars, ve permès específicament a la base 5.11 de la convocatòria. Resta acreditat que el Sr. Cros, acta del 12 de febrer de 2012, va realitzar funcions de representació del tribunal a Eivissa en la mesura, i precisament, que allí hi exerceix les seves tasques laborals; res a veure, doncs, amb el sector de Menorca que els que ens ocupa.

Si el Sr. Olives entenia que hi havia causes de recusació, és evident, tenia tot el dret d'al·legar-les, no tan sols quan, en primer terme, va conèixer a la llista definitiva la inclusió de la Sra. ■■■■■, sinó, després, en el moment de l'examen o en dies posteriors. La parcialitat la va visualitzar quan fou conscient de la qualificació obtinguda.

Tampoc, si prenem en compte el contingut de la base 7.2, es pot afirmar que s'hagués omès cap tipus de tràmit. Amb la llista definitiva, a la fi la dels 2 aspirants, es va assenyalar el lloc, dia i hora de la realització del 1r exercici.

Altra irregularitat sobre la qual hi ha posat l'accent el recurrent és el fet que la Sra. ■■■■■ no s'hagués identificat amb el DNI a l'hora de participar en el 1r. exercici. Segons això s'entendria vulnerada la base 7.6 de la convocatòria. Ara bé, aquest punt no ha vingut acreditat, si més no, però, a l'acta del dia 15 de febrer de 2012 hi ha constància de l'examen dels dos aspirants i que varen signar la referida conjuntament amb un membre del tribunal, el Sr. Matos, que és l'especialista de l'Hospital Mateu Orfila de Menorca i una persona que actuava de col·laboradora, la Sra. Botella.

En relació al que diem, la signatura de part dels membres del Tribunal, un dels punts denunciats pel recurrent Sr. Olives era el de la possible falta de quorum de determinades sessions del tribunal; no obstant, aquí s'ha d'entendre el compliment, també, de les bases, concretament de les 6.2.a) i 7.1, en la mesura que les proves als 4 sectors sanitaris es duen a terme al mateix dia i hora, de tal volta que s'hi pot llegir, que a n'aquest prova hi haurà d'assistir, com a mínim, un membre del tribunal

qualificador designat pel propi tribunal entre els membres titulars i suplents. La seva funció o feina té una limitació; a saber, supervisar que l'exercici es desenvolupi correctament, a recollir els exàmens i a lliurar-los al tribunal.

Altra punt, seguint l'ordre cronològic, és el relatiu a com i de quina manera es va donar la puntuació. Hem de llegir, llavors aquí, el que es diu a les actes del tribunal de 28 de febrer i 19 d'abril de 2012; actes a les quals hi ha constància que la correcció l'efectuaven tots els membres del tribunal i es feia una mitjana aritmètica després d'eliminar les notes més baixa i alta.

TERCER.- Doncs bé, independentment de les anteriors consideracions, la Sala entén com a rellevant el 2n dels punts als quals es refereix la demanda i que són, a la fi, la causa decidendi del litigi suscitat sense necessitat de desenvolupar i donar resposta a la resta de qüestions, tal i com anàvem avançant a l'anterior fonament de dret.

Causa decidendi determinada per la falta d'inclusió de l'aspirant Sra. [REDACTED] en la llista provisional d'admesos i exclosos que suposava, no altra explicació hi trobem, que no va presentar la sol·licitud de participació i no va abonar la taxa en el termini assenyalat; per tant, era del tot preceptiva l'exclusió de la Sra. [REDACTED] del procés de selecció. La qual cosa, evidentment, no fou així com hem explicat al 1r fonament de dret.

Era, no altre qualificatiu li podem donar, una irregularitat invalidant i no esmenable. No podia participar l'al·ludida Sra. en el procés selectiu a partir de la seva inclusió, de forma irregular, en la llista definitiva.

Segons la base 3.13 de la convocatòria general publicada el 14 de gener de 2010 el termini per presentar sol·licituds era d'un mes comptador des de l'endemà de la data de publicació de la resolució en què s'aproves cada convocatòria descentralitzada. Si el darrer dia era inhàbil, el termini s'havia d'entendre prorrogat al primer dia hàbil següent. En igual sentit es postulava a la base 6 de la convocatòria específica aprovada per la resolució de 29 de setembre de 2011.

Les resolucions administratives recorregudes posen l'accent en què la primigènia exclusió de la Sra. [REDACTED] de la llista d'admesos fou per un error imputable en part a la pròpia Administració. Precisament, aquest fet, el considerat o entès com a error va suposar la reclamació de la Sra. [REDACTED] i que digués que la sol·licitud i l'abonament de les taxes s'havia efectuat telemàticament el dia 2 de novembre de 2011; per tant uns dies abans del termini assenyalat a la convocatòria. El que va succeir, no obstant, i aquest fet és reconegut i adverat a l'expedient, és que va col·locar a la sol·licitud d'inscripció el següent concepte: "taxa per a la inscripció als registres depenents de l'autoritat competent en matèria d'emergències" i va abonar una quantitat de taxa fins i tot superior, 32,57 € en compte de 25,45 €. Concepte per a una inscripció a altra conselleria que res a veure té amb la de Salut.

Posteriorment, si que és cert, i per tal de corregir l'error, va efectuar un 2n abonament pel que fa al concepte i quantia. Abonament amb una matisació ja que segons es desprèn del foli 2 del document 22 de la completació de l'expedient hi observem una anotació a ma que assenyalava: "Avisada, pendiente recibir pago desde Menorca". Altra irregularitat. Es va efectuar el dia 13 de desembre de 2011.

L'esmena per part de l'Administració es produí de conformitat, segons ella afirma, amb el que es preveu a l'article 105.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre. No hi estem d'acord, no era un error de l'Administració ho era, si és que ho va ser, l'error, de la pròpia Sra. [REDACTED]. Va utilitzar un model denominat 046-M49, en compte del 046-IBS que pertocava. El sistema informàtic va respondre correctament. Tant el concepte col·locat com la taxa a abonar, derivat, clar està, del dit concepte, va determinar la no inclusió en la llista d'admesos. Per tant, cap tipus d'error imputable a l'Administració. L'existència d'un error hagués determinat que hagués aparegut el seu nom a la llista provisionals, malgrat amb la categoria d'exclusa i motiu pel qual quedava exclosa.

Fem nostra aquí la consideració de la direcció lletrada del recurrent Sr. Olives, que fins i tot l'error s'hagués pogut esmenar ja que encara hi faltaven 8 dies per a la

finalització del termini de presentació de sol·licituds. La reclamació, en canvi, no es produí fins el dia 2 de desembre de 2011.

Seguim dient, estem en presència d'una irregularitat invalidant i no esmenable. És, segons la base 2.g), un requisit d'admissió. Efectivament, aquí no ens trobem davant un defecte formal esmenable sinó que ens trobem, pel contrari, davant un requisit que els aspirants o participants han de complir, primer, òbviament, el de la inscripció i segon l'abonament de la quantitat que correspon per dret d'inscripció. S'ha de permetre, clar està, l'esmena d'un defecte que afecti a un document efectivament presentat, però no l'extemporània acreditació fora de termini d'una inscripció que, en realitat, no pertanyia al concurs oposició i en el qual s'aspirava a participar.

Conclusió, i en la mesura que no es va seguir el procediment legalment establert, és la de que estem en presència de la nul·litat contemplada a l'article 62.1.e) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre. Mai podia haver estat admesa la Sra. [REDACTED] en la llista d'aspirants al concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila.

Afirmacions, totes, que comporten l'estimació del contenciós. Estimació íntegra segons els termes de la petita de la demanda; la qual cosa suposa, com a declaració d'una situació jurídica individualitzada, que el Sr. Olives Rodríguez té dret a figurar en 1r. lloc, únic en el cas, a la llista d'aspirants que van superar el referit concurs i al seu nomenament com a personal estatutari fix de la categoria facultatiu especialista de l'àrea de dermatologia medico quirúrgica i venereologia corresponent al dit Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila. Declaració que comporta, a més, la condemna a la demandada per tal d'adoptar les resolucions i mesures oportunes per tal de dur a terme el contingut de la present.

QUART.- Es fa imposició de costes processals a les parts demandada i codemandada que hauran d'abonar per meitat de conformitat amb l'article 139 de la Llei Jurisdiccional".

7è.- Foren presentats sengles recursos de cassació, un per part de la codemandada Sra. [REDACTED] i altra per part de l'Administració demandada; el de la 1era., el dia 2 de setembre de 2016. Com a motius d'impugnació digué:

“Al amparo de lo previsto en el artículo 88.1º.d de la L.J.C.A. por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

PRIMERO.- Se alega la inaplicación del artículo 71,1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, que establece que “Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.” En tanto que la Sentencia impugnada ELUDE TOTALMENTE LA POSIBILIDAD DE MI REPRESENTADA DE SUBSANAR EL ERROR MATERIAL REFERIDO A LA CUANTÍA Y DESTINO DE LA TASA QUE LE PERMITÍA ACCEDER AL PROCESO SELECTIVO IMPUGNADO,

posibilidad que le otorgó la Administración de acuerdo con las bases de la convocatoria QUE TAMBIÉN HAN SIDO INCORRECTAMENTE APLICADAS O INCOMPRENSIBLEMENTE OBVIADAS POR LA SENTENCIA DE INSTANCIA.

SEGUNDO.- Se alega la inaplicación del artículo 105,2 del La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, que establece que “Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.” En tanto que la Sentencia de Instancia decide que dicho artículo no debe ser aplicado, al no advertir error de la Administración sino de mi representada, cuando consta acreditada (y reconocido por la demandada) que la no publicación de la lista de excluidos se debió a un error de la propia Administración, QUE SE PROCEDIÓ A SUBSANAR POSTERIORMENTE EN BASE AL ARTÍCULO CITADO.

TERCERO.- Se alega la aplicación indebida del artículo 62,1 e de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, que declara nulos los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, en tanto que el procedimiento impugnado cumplió estrictamente todos los requisitos legales para la admisión de mi representada.

CUARTO.- Se alega la violación del artículo 23,2 de la CE que declara el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes, en tanto que se ha vulnerado el derecho de mi representada a mantenerse en el ejercicio del cargo público que venía desempeñando, obtenido dentro de la más estricta legalidad.

QUINTO.- Se alega la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la posibilidad de subsanación de defectos en procesos selectivos. A modo de ejemplo se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Septiembre de 2004 al señalar que:

“(...) conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103CE). Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad (...) no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido”.

SEXTO.- Que las normas invocadas han sido relevantes en el fallo de la Sentencia, que en su fundamento de derecho tercero, realiza una interpretación de los hechos y de la normativa invocada, que de manera absolutamente errónea conduce a la conclusión de que:

La Administración demandada, ante el error de no publicar la lista de candidatos excluidos del proceso selectivo no podía aplicar el Artículo 105,2 de la Ley 30/1992,

lo que, dicho sea ello con los debidos respetos, nos parece contrario a toda lógica interpretativa del precepto.

La Sra. [REDACTED] (una vez enmendado el error por parte de la Administración) no estaba en su derecho de acogerse a la subsanación de errores materiales prevista en la bases de la convocatoria y reconocida por el artículo 74,1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre. Entendiendo como error insubsanable el defecto de concepto en el abono de la tasa (a pesar de que la instancia inicial se presentó en tiempo y forma)

Por tanto, a juicio de esta parte, la incorrecta interpretación del alcance y contenido de estos dos artículos, en referencia a los hechos contenidos en los referidos Autos, resultan de trascendencia fundamental para el fallo de la Sentencia.

Por otro lado la violación del Artículo 23,2 de la CE no solo se aprecia en el derecho de mi representada a mantenerse en el ejercicio de su función, sino que se haya directamente relacionada con la decisión del fallo de la Sentencia de otorgar directamente la plaza vacante al demandante, únicamente por considerarlo único candidato, sin retrotraer las actuaciones y obviando absolutamente los resultados del mismo en las pruebas selectivas, sin plantearse siquiera cuales fueron los resultados del candidato y si la plaza pudo haber quedado desierta.

Por todo lo expuesto;

SOLICITA A LA SALA: que teniendo por hechas las manifestaciones que preceden, por presentado este escrito con sus copias preceptivas, se sirva admitirlo y en su virtud tener por PREPARADO RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia de esta Sala recaída en los autos 224/2014 y por cumplimentados los requisitos exigidos para tal escrito, y en consecuencia remita los Autos originales al Tribunal Supremo para la resolución del Recurso, emplazando a las partes para su comparecencia ante el Alto Tribunal en el plazo de 30 días”.

Amb la mateixa datació, 2 de setembre de 2016, la Comunitat Autònoma demandada va presentar el seu escrit. El transcrivim a l'igual que l'anterior:

“De conformidad a lo prevenido en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional, debe añadirse -en este momento- que la sentencia cuya casación se prepara resulta objetivamente recurrible en cuanto que la misma:

Ha sido dictada, en única instancia, por una Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia y no concurre, en el caso, ninguna de las excepciones al recurso de casación a que se refiere el artículo 86.2 de la Ley Jurisdiccional.

Se trata de un asunto referido a una cuestión de personal que afecta al nacimiento de la relación de servicio de funcionario de carrera (excepción a la excepción del artículo 86.2 a) de la Ley Jurisdiccional). El acto recurrido es una resolución que aprueba la lista de aspirantes que han superado el concurso oposición para cubrir plazas vacantes de la categoría de personal estatutario de especialista en dermatología medico quirúrgica y venereología, por lo que se cumple con el doble requisito exigido por la Ley de la Jurisdicción para el acceso al recurso de casación en materia de personal. Por una parte, se está ante el nacimiento de la relación de servicio, puesto que de un examen de la jurisprudencia de la Sala Tercera son asuntos incluidos en este supuesto, los recursos relativos a procesos selectivos para ingreso en la función pública, que constituyen, por cierto, el caso común de adquisición de la condición de funcionario de carrera y con ello el nacimiento de la misma. Y, por otra, de relación de servicio de funcionario de carrera, ya que tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, y más concretamente de su art. 2.4 que establece que "Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud", se ha advertido un giro en la jurisprudencia de la Sala Tercera, que tiene su inicio con el Auto 22-05- 08 (rec. casación 1886/07) -EDJ 2008/77608-, del que se deduce un auténtico cambio de criterio en lo relativo a la equiparación entre funcionarios de carrera y personal estatutario fijo.

El recurso de casación, tal y como se justificará, a continuación, pretende basarse en la infracción de normas de derecho estatal (o de la jurisprudencia de aplicación en relación con dichas normas) que, además, han sido relevantes o determinantes de fallo. IV Juicio de relevancia

El fundamento jurídico tercero de la sentencia contra la que se prepara recurso de casación comienza indicando expresamente cuál es la “ratio decidendi” de la misma,

y, respecto de su contenido, puede afirmarse que las consideraciones jurídicas que se exponen en dicho fundamento tienen su apoyo material en hechos que el Tribunal a quo ha tenido como base para la resolución de la cuestión litigiosa.

La propia sentencia identifica claramente cual es la razón de la estimación del recurso, y en palabras de la propia sentencia, que traducimos, precisa que la “causa decidendi determinada por la falta de inclusión de la aspirante Sra. [REDACTED] en la lista provisional de admitidos y excluidos que suponemos, ya que no encontramos otra explicación, que no presentó la solicitud de participación y no abonó la tasa en el plazo señalado; por tanto, era del todo preceptiva la exclusión de la Sra. [REDACTED] del proceso de selección. Lo cual no fue así como hemos explicado en el 1º fundamento de derecho.”

De la lectura de ese fundamento se deduce que se estima la demanda por considerar que la falta de exclusión formal de una aspirante (Sra. [REDACTED]) por parte de la Administración en la lista provisional de admitidos y excluidos, es determinante, al constituir una irregularidad formal invalidante y no subsanable, que impide la participación en el proceso selectivo, ya que tal hecho afecta a un requisito de admisión en el proceso selectivo, que sólo puede explicarse, según la propia sentencia, por el hecho de que la aspirante no presentara la solicitud de participación ni el abono de la tasa en el plazo.

No podemos compartir en absoluto tal razonamiento de la Sala, porque parte de una suposición fáctica errónea que contraviene los hechos acreditados por el propio expediente administrativo obrante en autos, dado que consta en el mismo la solicitud de participación formulada en plazo, y los reconocidos por la propia Sentencia (en el fundamento de derecho primero y tercero), y que le conduce a realizar una aplicación e interpretación de las normas que resultaban de aplicación totalmente equivocadas.

En consecuencia, conforme exige el artículo 89.2 de la LJCA, en relación con el artículo 86.4, examinada la sentencia cuya casación se prepara, entendemos, dicho sea con el máximo de los respetos, que tal interpretación constituye una INFRACCIÓN Y/O INDEBIDA APLICACIÓN de las normas estatales enumeradas en los apartados siguientes, y de la jurisprudencia que las interpreta, que HA SIDO RELEVANTE Y DETERMINANTE del fallo de la Sentencia cuya casación se prepara.

El carácter estatal de las normas que se consideran infringidas y su evidente relevancia en el fallo de la sentencia hacen innecesario extenderse excesivamente en el juicio de relevancia.

En primer lugar, como se ha adelantado, parte la sentencia de una suposición falsa, en cuanto afirma que no se presentó la instancia ni se pagó la tasa en plazo, como única explicación posible a que el nombre del aspirante no apareciera en la lista provisional de admitidos y excluidos. Tal afirmación se contradice por la documentación que consta acreditada en el expediente, y con las propias afirmaciones de la Sentencia en el fundamento de derecho primero y tercero. En este último, concretamente, se afirma que “Las resoluciones administrativas impugnadas ponen el acento en que la primigenia exclusión de la aspirante fue por error en parte de la Administración. Precisamente este hecho, el considerado como error de la Administración, supuso la reclamación por parte de la Sra. [REDACTED] y que afirmara que la solicitud y el abono de las tasas se había producido telemáticamente el día 2 de noviembre de 2011; unos días antes de que finalizara el plazo señalado en la convocatoria. Lo que sucedió, no obstante, y este hecho es reconocido y averado en el expediente, es que colocó en la solicitud de inscripción el siguiente concepto “tasa para la inscripción en los registros dependientes de la autoridad competente en materia de emergencias” y abonó una cantidad de tasa incluso superior 32,57 euros en vez de 25, 45 euros. Concepto para una inscripción en otra conselleria que nada tiene que ver con la de Salud.”

Por lo tanto, se deduce del expediente administrativo y de la propia sentencia que se han concatenado los siguientes errores en el presente caso:

- 1º) La aspirante Sra. [REDACTED] presentó en plazo la instancia para participar en un proceso selectivo y pagó una tasa superior a la exigida para ello, aunque con indicación errónea del concepto.
- 2º) La Administración incurrió en error al no incluir como excluida a la Sra. [REDACTED] en la lista provisional, indicando el motivo de la exclusión.
- 3º) La Sentencia interpreta erróneamente que el hecho de que no se incluyera en la lista provisional a la Sra. [REDACTED], ni como admitida ni como excluida, sólo podía explicarse por la no presentación en plazo de la instancia y del pago de la misma, lo

cual constituye el incumplimiento de un requisito de admisión que no puede ser objeto de subsanación.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que la ratio decidendi de la sentencia parte de la suposición fáctica errónea consistente en que no se presentó la instancia ni se pagó la tasa en el plazo indicado por la convocatoria, siendo contraria a lo que acredita el propio expediente y que este hecho le conduce a la estimación del recurso interpuesto. Por lo tanto, se vulnera lo dispuesto en los artículos 218.2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la apreciación y valoración de la prueba en relación con el artículo 24 de la CE, incurriendo en un error manifiesto que se deduce de los documentos que constan en el expediente, siendo tal infracción relevante y determinante para el fallo de la sentencia.

En segundo lugar, suponiendo erróneamente la no presentación en plazo de la instancia, la sentencia considera que la no inclusión de la aspirante en la lista provisional de admitidos y excluidos no es un error susceptible de ser corregido por la propia Administración al amparo del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC).

En relación con lo anterior, resulta fundamental para demostrar el ajuste a derecho del actuar de la Administración y la incorrección de la interpretación contenida en la Sentencia, destacar los siguientes extremos que se deducen del propio expediente administrativo:

- a) Ante la no inclusión en la lista provisional de admitidos y excluidos, la aspirante reacciona, en el plazo habilitado por las bases para ello, presentando alegaciones a las que adjunta la instancia y la tasa pagada para participar en el proceso selectivo (folios 2 y siguientes del expediente). Por lo tanto, no resulta cierta, como afirma la sentencia en el fundamento de derecho tercero párrafo quinto que no se presentara la mencionada instancia y que no se pagara la tasa en plazo.
- b) El error cometido se limita al concepto indicado en el pago telemático, no a la instancia en cuestión que va correctamente dirigida a la participación en el concurso oposición en cuestión.

En el fundamento de derecho tercero citado, que en lo que interesa nos permitimos traducir, argumenta que “No estamos de acuerdo, no era un error de la Administración,

el error, si es que lo fue, fue de la Sra. [REDACTED]. Utilizó un modelo denominado M-46-M49 en lugar del modelo M-46-IBS que procedía. El sistema informático respondió correctamente. Tanto el concepto colocado como la tasa a abonar, derivada, claro está, del mencionado concepto, determinó la no inclusión en la lista de admitidos. Por tanto, ningún tipo de error imputable a la Administración. La existencia de un error hubiera determinado que hubiera aparecido su nombre en la lista provisional, aunque fuera como excluida y la razón de su exclusión.”

La sentencia reconoce, pues, que existe un error limitado al concepto de la tasa ingresada telemáticamente, pero se equivoca al señalar que ello determinó la no inclusión en la lista provisional de la aspirante y que no hay error alguno susceptible de corrección al amparo del artículo 105 de la LPAC. Estamos, como explicamos, ante un simple error material.

En primer lugar, la presentación de una instancia correctamente dirigida a la participación en un proceso selectivo que incumple alguno de los requisitos señalados en la convocatoria, exige, por aplicación de las bases y como trasunto del artículo 71 de la LPAC, su inclusión en la lista de excluidos con la indicación del motivo de la exclusión, abriendo la posibilidad de formular alegaciones y de ser éstas estimadas, si se subsanan las deficiencias indicadas. La Administración erró al no incluirla como excluida y otorgarle el plazo de 10 días para subsanar. Ahora bien, al realizar alegaciones la aspirante aportando la instancia y el pago de la tasa, la Administración obró correctamente al constatar que se trataba de un simple error en la indicación del concepto de la tasa.

Resulta evidente que el hecho de no incluir a la aspirante en la lista provisional no puede generar efecto negativo alguno en la esfera de derechos de la misma, y mucho menos al haber reaccionado ésta en plazo, y haberse reconocido y constatado la existencia del error material por la propia Administración, no podía más que proceder a su subsanación y tenerla por admitida en la lista definitiva.

En segundo lugar, tal y como puede comprobarse en los folios 2 y siguientes, el modelo de pago de las tasas es idéntico para todas ellas, variando sólo el concepto de las mismas. En virtud del principio presupuestario de caja única, todos los ingresos se incorporan a la Hacienda de la Comunidad Autónoma en un mismo apartado, siendo posteriormente asignados al concepto presupuestario que corresponda de cada

conselleria. En el caso de que no coincida el concepto de la tasa, es la Administración la que debe proceder a redistribuir internamente la cantidad de forma correcta, y proceder, en su caso, a tramitar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos. La interpretación sostenida por la Sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación resulta especialmente gravosa porque, además, vulnera el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, que garantizan los artículos 23.2 y 103.3 CE.

Tales infracciones de la normativa estatal son relevantes y determinantes del fallo recurrido dado que se estima el recurso considerando que no se está ante un error material susceptible de ser corregido por la propia Administración.

V Motivos de Impugnación en Vía Casacional

Consecuentemente con todo lo que antecede, deben puntualizarse ahora -a la vista de lo dispuesto en el artículo 88, en relación con el artículo 86, de la Ley Jurisdiccional- los concretos MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN de la Sentencia cuestionada:

PRIMER MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) LJ, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del litigio, al entender que se han vulnerado los artículos 218. 2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la apreciación y valoración de la prueba conforme a las reglas de la lógica y de la razón, infringiéndose por ello el artículo 24 de la Constitución Española. Usando las palabras del TS en Sentencia, por todas, de 26 de octubre de 2010, debe partirse de dos principios, de sobra más que conocidos en el ámbito casacional:

- a) Que es reiterada la doctrina de esta Sala, a la que se refiere, entre otras muchas la STS de 30 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7334) , según la cual "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación" . Y, como consecuencia de ello, que,
- b) Sólo en muy limitados casos, declarados por la jurisprudencia, pueden plantearse en casación, para su revisión por el Tribunal ad quem , supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración

de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad.

Pues bien en este caso, la valoración de los hechos y la calificación jurídica que extrae la Sala es arbitraria, sin sujeción a las reglas legales, ya que obtiene conclusiones carentes de lógica, que pueden tacharse de irracionales, toda vez que fundamenta su decisión en un hecho falso, que contradice abiertamente lo que queda acreditado en el expediente, y que se contradice con lo que la propia sentencia considera hechos acreditados en el expediente (fundamento de derecho primero y tercero), como hemos explicado con anterioridad, dejando a esta parte en una clara situación de indefensión. Adicionalmente, debe significarse que se solicitará, al amparo del artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional, la integración de los hechos. El citado artículo prevé que cuando el recurso se funde en la letra d) del artículo 88, el Tribunal Supremo podrá integrar los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) LJ, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del litigio, al entender que se han vulnerado los artículos 105.2 de la LPAC y de la jurisprudencia que la interpreta, en relación con los artículos 70 y 71 de la misma Ley, e infringiendo, además, los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española.

Ha quedado acreditado que la Sra. [REDACTED] presentó la instancia para participar en el proceso selectivo mencionado y pagó la tasa vinculada a la instancia, aunque indicando un concepto erróneo, en plazo.

Sin embargo, en la Resolución de la consellera de Salud, Familia y Bienestar Social, de 21 de noviembre de 2011, obrante a los folios 14 y 15, por la cual se aprueban la listas provisional de aspirantes admitidos y excluidos en el concurso oposición convocado para cubrir diversas vacantes de FEA correspondientes al sector sanitario

de Menorca (Hospital Mateu Orfila), no consta la Sra. [REDACTED], ni como admitida ni como excluida.

Justamente, por ello, la Sra. [REDACTED] realiza un escrito de alegaciones, a la vista de la lista provisional de admitidos y excluidos, que presenta ante la Administración, donde argumenta que debe existir un error, puesto que pagó los derechos de examen vía telemática en plazo. A ese escrito adjunta la correspondiente solicitud de participación en el proceso selectivo por turno libre y el modelo 48 de ingreso para acreditar el pago de las tasas (folio 98 y siguientes del expediente y folios 1 a 6 de la ampliación del expediente).

Si observamos el folio 2 de la ampliación del expediente, por ejemplo, que se corresponde con las alegaciones presentadas por la Sra. [REDACTED], se puede leer, traducido que “Hice la solicitud 000002531400 Turno libre y pagué las tasas correspondientes telemáticamente, el día 2 de noviembre de 2011, dentro del plazo establecido. Confío en que habrá algún error y que tendrán en cuenta mi solicitud para incluirme en las listas.”

Dejando de lado la complejidad de los pagos efectuados vía telemática, lo cierto es que, efectivamente, en la documentación adjunta a ese escrito, observamos que la solicitud de participación en el proceso selectivo de la Sra. [REDACTED] tiene un número “000002531400 (turno libre)”, y ese mismo número es el que consta en el modelo 048 correspondiente al ingreso de la tasa que adjunta, si bien existe un error en la descripción del concepto “tasa para la inscripción en los registros dependientes de la autoridad competente en materia de emergencias”, pagando, en fecha 2 de noviembre de 2011, y por tanto dentro del plazo de presentación de instancias, una cantidad algo superior a la prevista para los derechos de examen, concretamente 32,57 euros, como reconoce la Sentencia cuya casación se pretende.

La Sra. [REDACTED] adjunta también a la reclamación efectuada un nuevo modelo 048, con la cantidad correctamente ingresada en concepto de tasas para participar en el proceso selectivo, que es de 25,81 euros (folio 7 a 10). Si decide hacer un nuevo ingreso posteriormente, ello no niega que existiera la solicitud de participación formulada en plazo con un ingreso vinculado a la misma, también realizado en plazo. El hecho de que exista un simple error en el concepto de ingreso no puede servir para anular la existencia de una voluntad clara de participar en el proceso selectivo manifestada

mediante la oportuna instancia. Es más, una vez detectado el error, es a la Administración a quien corresponde corregir internamente el error enviando el ingreso a la partida presupuestaria de la conselleria correspondiente, lo cual no es más que la corrección de un simple error material, que sólo a la Administración le compete. Ciertamente, consciente de su error, la Sra. [REDACTED] volvió a pagar, pero este segundo ingreso era del todo innecesario, toda vez que el importe pagado es superior a la tasa exigida para participar en el proceso selectivo.

A la vista de estas circunstancias, obró correctamente la Administración al considerar que existía un error material, por lo que procedió a la subsanación de errores teniendo por admitida a la aspirante, tal y como le permite el artículo 105.2 de la Ley 30/1992. Todo lo más que podría existir, es la posibilidad de que la Sra. [REDACTED] efectuara una solicitud de ingresos indebidos por el exceso pagado, lo cual, es absolutamente irrelevante a los efectos de esta litis.

No podemos compartir que el hecho de que en ese caso una cuestión simplemente formal, como es que cuando se procedió al pago telemático de la tasa para participar en el proceso selectivo, se considere no encuadrable como error al amparo del artículo 105.2 LPAC, pues se trata de un simple error material.

Como enseña, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 28 de septiembre de 1992 (RJ 1992\8022) (fundamento jurídico tercero) «La doctrina jurisprudencial de esta Sala, plasmada, entre otras, en las SS. de 18 de maYo 1967 (RJ 1967\2488), 24 de marzo 1977 (RJ 1977\1809), 15 ji 31 de octubre ji 16 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5099; RJ 1984\5172 ji RJ 1984\5776), 30 de maYo ji 18 de septiembre de 1985 (RJ 1985\2325 ji RJ 1985\4196), 31 de enero, 13 ji 29 de marzo, 9 ji 26 de octubre ji 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989\619; RJ 1989\2655; RJ 1989\2353; RJ 1989\7247 ji RJ 1989\8981), ji 27 de febrero de 1990 (RJ 1990\1521),

tiene establecido que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose "prima facie" por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples

equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente ji claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes ji consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo (es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes, y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificado ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio, que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, porque ello entrañaría un "fraus legis" constitutivo de desviación de poder) y, 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo».

Resulta que la sentencia que se pretende recurrir con su interpretación vulnera la doctrina jurisprudencial citada, además del artículo invocado, puesto que niega la rectificación o corrección de errores materiales, inaplicando el artículo 105.2 de la LPAC, en un caso en que se cumplen todos los requisitos para su aplicación. Efectivamente, se está corrigiendo un error patente, claro y manifiesto que resulta de manera clara del propio acto a corregir; y finalmente, la corrección verificada, en un momento absolutamente inicial del procedimiento, admite en el proceso selectivo a quien antes, por error, no había sido ni admitido ni excluido.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe ponerse de manifiesto que con esa interpretación la sentencia vulnera además el artículo 70 y 71 de la LPAC, en tanto en cuanto las propias bases de la convocatoria contemplaban, en este caso, un trámite de subsanación de posibles causas de exclusión u omisión de las listas provisionales de admitidos y excluidos, a partir del siguiente día al de su publicación. Dicha previsión constituye un trasunto de las posibilidades de "subsanación y mejora de la solicitud" que se prevén en el artículo 71 de la propia LPAC, que regula la "iniciación del procedimiento". Trámite del que hizo uso la aspirante que, finalmente, al acreditar que

había presentado la instancia y pagado una tasa incluso superior a la exigida. Ciertamente se equivocó en el concepto al especificarlo telemáticamente, PERO, EN TODO CASO EL INGRESO FUE EFECTUADO DENTRO DEL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE INSTANCIAS OTORGADO POR LA CONVOCATORIA, como reconoce la propia Sentencia contra la que se prepara recurso de casación (quinto párrafo del fundamento de derecho tercero).

La Sentencia del TS, de 4 de febrero de 2003, dictada en recurso de casación en interés de ley número 3437/01, admite expresamente que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es plenamente aplicable en los procesos selectivos, al considerar en su fundamento de derecho sexto que "resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/92, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado".

En virtud de lo expuesto,

SUPLICA A LA SALA: Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita y tenga por preparado Recurso de Casación contra la Sentencia núm. 425, de fecha 13 de julio de 2016,, dictada por esa Sala en los Autos recurso contencioso-administrativo núm. 224/2014 y que, en consecuencia, una vez dictada la correspondiente providencia teniendo por preparado el recurso, remita los Autos originales al Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y que emplace a las partes conforme a lo ordenado por la Ley Jurisdiccional".

8è.- El dia 14 de setembre de 2016, per diligència del lletrat de la Sala, se'ls va tenir, a ambdós recursos de cassació, per preparats i es va acordar emplaçar a les parts per la seva compareixença, per un termini de 30 dies, a la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem.

En els antecedents de fet, 3r i 4t, de la sentència 616/2019, i a la qual seguidament ens referirem, es llegeix:

“La Abogada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por escrito de fecha 23 de noviembre de 2016 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y termina suplicando a la Sala que «[...] dicte SENTENCIA por la que, ESTIMANDO el recurso de casación, con la integración de hechos solicitada que se refleja en el presente escrito, y en consecuencia, revoque y deje sin efecto la referida sentencia recurrida y declare la desestimación del recurso contencioso- administrativo interpuesto de adverso.»

CUARTO.- Por Decreto de 30 de noviembre de 2016 se declara desierto el recurso de casación preparado por D^a [REDACTED]

La representación de la Sra. [REDACTED] por escrito de fecha 1 de diciembre de 2016 formaliza recurso de casación y por otrosí digo interpone recurso de revisión contra el citado decreto. Dándose traslado a las demás partes por diligencia de ordenación de 5 de diciembre de 2016, con el resultado que obra en autos.

Por auto de 25 de enero de 2017 la Sala acuerda: " Primero. Desestimar el recurso de revisión interpuesto por la representación procesal de doña [REDACTED] contra el decreto del Sr. Letrado de la Administración de Justicia de fecha 30 de noviembre de 2016, declarando la conformidad a Derecho de dicha resolución."

9è.- L'al·ludida sentència fou recorreguda en Cassació. La Secció 4rta de la Sala Tercera del Tribunal Suprem va dictar la núm. 616 el dia 7 de maig de 2019. En ella es va acordar el següent, 1r, anul·lar i deixar sense efecte la que nosaltres havíem dictat i, segon:

“Se devuelven las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de procedència para que resuelva sobre el recurso contencioso administrativo núm. 224/2014 la pretensión ejercitada tras lo dicho en los Fundamentos Jurídicos QUINTO, SEXTO y SEPTIMO”

Fonaments de dret que reproduïm literalment, a continuació:

“QUINTO.- La presentación electrónica de documentos.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en su art. 6 , reconoce a los ciudadanos el derecho a ejercer los derechos previstos en el art.35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ambas disposiciones estaban vigentes al tiempo de los hechos al no haberse dictado todavía la Ley 39/2015, de 1 de octubre que las derogó) y a formular solicitudes utilizando medios electrónicos. Ya el art. 45 de la Ley 30/1992 del Procedimiento Administrativo Común sentaba que los documentos emitidos por medios electrónicos gozaban de la eficacia del documento original.

En efecto así consta en el incompleto expediente administrativo (no digital sino mero escaneado de documentos que incumple lo ordenado en las normas de procedimiento administrativo ahora vigente, art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) la solicitud 000002531400, torn lliure, 2 de noviembre de 2011, 19:10, según copia de la presentación telemática, copia no cuestionada en la que figura la correspondiente certificación mecánica, que acompaña a la reclamación presentada por la Sra. Brigida el 2 de diciembre de 2011. También se adjuntó copia de la Tasa M 046, M-49 por importe de 32,57 respecto a tasa para la inscripción en los registros dependientes de la autoridad competente en materia de emergencia.

Tal hecho incontrovertido implica como aduce la administración una valoración irracional de la prueba documental pública en los términos del esgrimido art. 318 LEC que, a su vez, remite a los arts. 319 y 267 de la norma procesal en que se acepta el soporte electrónico.

SEXTO.- La subsanación de errores conforme al art. 105.2 Ley 30/1992, del procedimiento administrativo común.

Alega la administración la aplicación del art. 105.2 de la Ley 30/1992 , subsanación de errores, en razón de no haber consignado el nombre de la recurrente en el listado de admitidos/excluidos pese a la presentación electrónica de la solicitud.

Tal invocación debe prosperar en razón de lo consignado en el razonamiento precedente. El no reflejo de la solicitud de la Sra. Brigida en el listado constituye un error material o de hecho dada la acreditación de la presentación telemática y del abono de una cantidad en concepto de tasa superior a la obligada si bien indicando un concepto erróneo. Parece desprenderse que es el número de la tasa lo que propicia la confección del listado de solicitantes y no la solicitud en si misma a la que debe adherirse el pago de una tasa.

Interfiere en tal rectificación el abono erróneo del importe de la tasa en el plazo establecido al efecto. La interesada abonó un nuevo importe indicando el concepto correcto sino que, es lo relevante, justificó haber abonado un importe superior al exigido en el plazo establecido si bien con número errado en la tasa.

Acabamos de consignar en el fundamento anterior que la Sra. Brigida abono una tasa 046-M-49 por importe de 32,57 euros relativa a emergencias no siendo hasta el 13 de diciembre de 2011 que satisfizo 25,81 euros por convocatoria de acceso a plaza de personal estatutario, 046-IBS tras la reclamación formulada el 2 de diciembre anterior a la lista en la que no figura ni como admitida ni como excluida. El error en la

consignación de la identificación de la tasa pagada en plazo fue puesto en conocimiento de la administración correspondiente.

En consecuencia la presentación fue en plazo hábil sin que el error en la consignación del número de la tasa pueda conllevar las consecuencias declaradas por la sentencia de instancia teniendo en cuenta la reiterada y conocida doctrina de esta Sala sobre la subsanabilidad cuando la presentación documental acontece en el plazo establecido.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de casación y la resolución conforme al art. 95.2 d) LJCA.

La estimación de los motivos del recurso de casación de la administración autonómica conlleva resolver conforme al art. 95.2. d) LJCA en razón del ATS de 25 de enero de 2017 que confirmó la declaración de desierto del recurso formulado por la Sra Brigida.

La pretensión de la administración es la estimación del recurso de casación y subsiguiente revocación de la sentencia de instancia con desestimación del recurso contencioso administrativo formulado por el Sr. Miguel. Pretensión desestimatoria de la pretensión ejercitada que también fue manifestada al contestar la demanda la Abogada de la Comunidad Autónoma.

Ya hemos dicho que el expediente administrativo incumple lo ordenado en las normas de procedimiento administrativo. Se trata de un mero escaneado de documentos que no es lo mismo que un expediente digitalizado en que se genera información con los atributos de indización aquí ausentes. No obstante esa deficiencia ha sido posible conocer lo acontecido.

Sin embargo le surge la duda a este Tribunal de cual es el contenido del DVD, prueba que deba ser valorada a la vista de la pretensión ejercitada, que figura en un sobre, sin número, con el indicativo de "caja vacía" y si es el expediente relativo al sector Menorca al que se refiere el informe de 7 de noviembre de 2014 y su relación con el

llamado "completación" (sic) del expediente a que se refiere la Abogada de la Comunidad Autónoma en su escrito de 14 de abril de 2015.

Por todo ello se devuelve el recurso para que tras la estimación del recurso de casación dicte la Sala de instancia la sentencia que corresponda en el recurso 224/2014”.

8è.- Rebudes les actuacions el Tribunal va assenyalar el dia 19 de novembre de 2019 per a la votació i decisió; data modificada, per raons de distribució de treball, pel dia 27 de febrer de 2020.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Hem assenyalat a l’encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era de dues resolucions:

1era.- La dictada pel director general del Servei de Salut de les Illes Balears, el 10 de març de 2014, per delegació del conseller de Salut, Família i Benestar Social, desestimant la reposició articulada pel Sr. Olives Rodríguez contra anterior de 22 de novembre de 2013, i publicada que fou en el BOIB núm. 169 de 7 de desembre de 2013, aprovant-se la llista d’aspirants que havien superat el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila.

2na.- La de 4 de febrer de 2014 dels referits òrgans de l’Administració, publicada en el BOIB del dia 8 següent, en virtut de la qual es va nomenar personal estatutari fix de la categoria FEA i del Sector sanitari al·ludit a la Sra. [REDACTED].

Doncs bé, abans del concret anàlisi del debat, s'ha de deixar constància que la Sala es va pronunciar sobre les referides resolucions a la sentència núm. 425 de 13 de juliol de 2016. Sentència que, a la seva decisió, tal com ho hem dit als antecedents de fet, declarava nuls els actes administratius impugnats i declarava el dret del Sr. Antonio Olives Rodríguez a figurar en 1r. lloc, únic en el cas, de la llista d'aspirants que havien superat el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila i al seu nomenament com a personal estatutari fix de la categoria facultatiu especialista de l'àrea de dermatologia medico quirúrgica i venereologia corresponent al referit Sector sanitari i hospital. Declaració que comportava, a més, la condemna a la demandada a estar i passar per ella i adoptar les resolucions i mesures oportunes per tal de dur a terme el contingut de la present.

La referida sentència, així ho hem assenyalat també als antecedents de fet, fou recorreguda en Cassació. La Secció 4rta de la Sala Tercera del Tribunal Suprem s'hi va pronunciar amb la seva sentència núm. 616 el dia 7 de maig de 2019. En ella es va acordar el següent, a més d'anul·lar i deixar sense efecte la que nosaltres havíem dictat i, segon:

“Se devuelven las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de procedència para que resuelva sobre el recurso contencioso administrativo núm. 224/2014 la pretensión ejercitada tras lo dicho en los Fundamentos Jurídicos QUINTO, SEXTO y SEPTIMO”

SEGON.- Entenem important, abans de prosseguir en l'anàlisi de la controvèrsia, reiterar el 7è fonament de dret de l'esmentada sentència del TS:

“La estimación de los motivos del recurso de casación de la administración autonómica conlleva resolver conforme al art. 95.2. d) LJCA en razón del ATS de 25 de enero de 2017 que confirmó la declaración de desierto del recurso formulado por la Sra Brigida.

La pretensión de la administración es la estimación del recurso de casación y subsiguiente revocación de la sentencia de instancia con desestimación del recurso contencioso administrativo formulado por el Sr. Miguel. Pretensión desestimatoria de la pretensión ejercitada que también fue manifestada al contestar la demanda la Abogada de la Comunidad Autónoma.

Ya hemos dicho que el expediente administrativo incumple lo ordenado en las normas de procedimiento administrativo. Se trata de un mero escaneado de documentos que no es lo mismo que un expediente digitalizado en que se genera información con los atributos de indización aquí ausentes. No obstante esa deficiencia ha sido posible conocer lo acontecido.

Sin embargo le surge la duda a este Tribunal de cual es el contenido del DVD, prueba que deba ser valorada a la vista de la pretensión ejercitada, que figura en un sobre, sin número, con el indicativo de "caja vacia" y si es el expediente relativo al sector Menorca al que se refiere el informe de 7 de noviembre de 2014 y su relación con el llamado "completación" (sic) del expediente a que se refiere la Abogada de la Comunidad Autónoma en su escrito de 14 de abril de 2015.

Por todo ello se devuelve el recurso para que tras la estimación del recurso de casación dicte la Sala de instancia la sentencia que corresponda en el recurso 224/2014”.

Destaquem, doncs, que, efectivament, tal com es pronuncia la referida sentència, malgrat les deficiències que es troben a l'expedient administratiu, ha estat possible conèixer el que va succeir.

L'afirmació subsegüent, la que compel·leix a retornar a la Sala el contenciós per tal que ens pronunciem novament, és que hi ha uns dubtes; a saber:

1r.- Quin és el contingut del DVD que figura a un sobre sense número, amb l'indicatiu de “caja vacia”.

2n.- Si aquest DVD és l'expedient relatiu al sector Menorca al qual es refereix l'informe de 7 de novembre de 2014, i

3r.- Quina relació té el DVD amb el que l'advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, a l'escrit del dia 14 d'abril de 2015, va denominar “completación” de l'expedient.

Per tal de donar resposta a les presents i abans de desenvolupar i narrar els fets, tal com resulten de l'expedient administratiu, assenyalem, que la referida advocacia de la Comunitat Autònoma, va presentar, el 14 d'abril de 2015, un escrit, on deia, la cita és literal, que:

“LA ABOGADA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS, en el recurso contencioso administrativo núm. 224/2014, ante esa Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, por Auto, de fecha 1 de abril de 2015, se admite y declara pertinente la prueba propuesta por nuestra parte, consistente en la documental adjunta al escrito de contestación a la demanda y el expediente administrativo.

Que, como esta parte manifestó en su momento, cuando se procedió a la contestación a la demanda se comprobó que no constaba el CD relativo a la completación del expediente.

Que la parte recurrente ha comunicado a la Sala, evacuando el traslado conferido por ésta, que tuvo a su disposición el CD de la completación del expediente y que procedió a su devolución con la presentación de la demanda.

Que dado que el Servei de Salut hizo llegar una copia del CD de la completación del expediente a esta representación, esta parte, para facilitar la labor de la Sala, adjunta, en el plazo del período de práctica prueba, el citado documento digital al presente escrito.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA, tenga por presentado este escrito y por aportado el CD relativo a la completación del expediente administrativo a los efectos probatorios correspondientes.

Palma, 14 de abril de 2015”.

Aquest CD de compleció de l'expedient administratiu, que en endavant denominarem com a 2, consta de 10 volums, compresius de les pàgines 1 a 233, Pertanyen, en exclusiva, al sector Menorca. El seu desgloss és el següent:

Folis 1 a 9 que abasten al document núm. 22, sol·licitud, justificació de l'abonament de taxa de l'aspirant Sra. [REDACTED] i tot l'esdeviment relatiu al seu procés d'admissió que ja ha estat resolt, i superat, per la sentència de la Sala Tercera.

En els folis 10 a 41 i trobem les actes del Tribunal Qualificador. A continuació, en els 42 a 54 els exàmens escrits dels dos aspirants Srs. Olives Rodríguez i [REDACTED]. Després, en els 55 a 217, els autobarems dels al·ludits dos aspirants i, per últim, en els 218 a 233, la documentació presentada per ambdós.

Per altra banda, el primer expedient, és a dir el CD1, consta de 6 volums. En ells hi trobem, el BOIB núm. 6 de 14 de gener de 2010 de convocatòria general de les proves selectives per tal de cobrir les vacants de diverses categories de facultatives especialistes d'àrea, pàgines 1 a 8. També, la resolució per la qual es convoca un concurs oposició per cobrir places vacants, folis 9 a 13; el BOIB núm. 179 de 29 de novembre de 2011 amb les llistes provisionals de persones aspirants admeses i excloses, 14 i 15. El BOIB núm. 191 de 22 de desembre de 2011 amb la designació del Tribunal Qualificador, 16 i 17. El BOIB núm. 16 de 2 de febrer de 2012, amb la llista definitiva, etc., etc.

Expedient del CD1 que també afecta al sector de Menorca.

Del conjunt d'ambdós expedients es desprenen els fets que citem a continuació. Veiem:

1r.- Les resolucions administratives tingueren el seu origen en la convocatòria general de 30 de desembre de 2009, publicada que fou en el BOIB de 14 de gener de 2010, acordada pel conseller de Salut, Família i Benestar Social, i on s'establien les bases comunes que, en règim descentralitzat per sectors sanitaris, havien de regir les proves selectives per cobrir places vacants de la categoria FEA, entre d'altres i en el que és aquí l'objecte de debat en el sector sanitari de Menorca, la de dermatologia medico quirúrgica i venereologia. En concret, 1 plaça.

2n.- La convocatòria es va produir el dia 29 de setembre de 2011 sent publicada posteriorment en el BOIB.

3r.- El recurrent, Sr. Olives Rodríguez, va presentar la seva sol·licitud de participació i, després, el seu nom va aparèixer a la llista provisional d'aspirants admesos i exclosos. Resolució de 21 de novembre de 2011 que es va publicar en el BOIB de 29 següent. No hi apareixia l'avui codemandada Sra. [REDACTED]; és a dir, no hi figurava ni com a admesa ni com a exclosa.

4rt.- Uns dies més tard de la referida resolució i abans de l'esmentada publicació, concretament el 25 de novembre, es va dictar altra resolució de la consellera de Salut, Família i Benestar Social nomenant als membres del tribunal qualificador. En concret i pel que feia al cas que analitzem, conformat per 7 persones, una presidenta i 6 vocals.

5è.- El següent 2 de desembre de 2011 la Sra. [REDACTED] va presentar un escrit, registre d'entrada núm. 2011/8079, on afirmava que havia efectuat la sol·licitud i abonat la corresponent taxa l'anterior 2 de novembre, dins el termini establert. L'Administració, així ho reconeixen les resolucions administratives recorregudes, va acceptar que es tractava d'un error imputable a la pròpia Administració.

6è.- El 16 de gener de 2012 es va aprovar la llista definitiva i en la qual ja hi figuraven els dos aspirants, el Sr. Olives i la Sra. [REDACTED].

7è.- El primer exercici, de caràcter escrit, es va celebrar el dia 15 de febrer següent. A l'acta redactada no hi ha constància que la Sra. [REDACTED] s'hagués identificat o no de forma fefaent amb el DNI, tal i com reiteradament ha anat denunciant el recurrent al llarg de tot el debat; si més no, no obstant, tampoc hi ha constància que cap dels que es varen presentar als distints sectors, Ponent, Tramuntana, Menorca i Eivissa ho haguessin fet – al menys, així no consta a

l'acta dels folis 19 i 20 del Volum II del CD2 amb la compleció -, especialment en el que ara aquí ens importa, els dos de Menorca, el recurrent Sr. Olives i la Sra. [REDACTED] Al foli 21 s'assenyala que: "No se va produir cap incident ni anomalia en dita realització de la prova".

El resultat d'aquest exercici, segons l'acta del dia 28 de febrer, fou de 37 punts per a la Sra. [REDACTED] i 27,62 punts per al Sr. Olives – foli 22 del Volum 1 del CD1 de l'expedient -. Puntuació que va ser objecte de reclamació i/o revisió per part del segon. El tribunal qualificador es va reunir el 22 de març de 2012 i va rebutjar l'anterior reclamació mantenint el resultat, folis 25 i 26 del Volum II del CD2 amb la compleció. Va acordar no modificar la nota.

8è.- El 30 de març de 2012 es va dur a terme el 2n exercici, de caràcter oral, i que tenia per objecte contestar una sèrie de preguntes sobre les matèries desenvolupades per l'examinat al 1r. exercici tal i com es preveia a la base 6.2.b)i). Segons consta al foli 29 el Tribunal va realitzar el matí els exàmens de Ponent, Tramuntana i Eivissa, i a les 15,35 hores va agafar un vol cap a Menorca, celebrant-se l'exercici, sense cap incidència a les 16,30 hores. Els membres residents a l'illa de Mallorca, tornaren a Mallorca a les 18,50 hores. La puntuació en el sector Menorca fou de 26 per a la Sra. [REDACTED] i 22 pel Sr. Olives.

9è.- També, a l'igual que va succeir en el 1r, fou interessada la revisió de la puntuació per part del Sr. Olives. La referida prova oral no fou modificada segons l'acord del tribunal del dia 30 d'abril de 2012. Sobre el contingut d'aquesta acta i altres anteriors incideix el recurrent en els nombrosos defectes que presenta, defectes que esmicola un per un.

Dient-ne, no obstant, que a l'acta de 30 d'abril, llegim:

“L'aspirant explica el seu examen i comenta que creu que ho va explicar tot.

La Presidenta va justificant tares les coses que segons el Tribunal es va deixar:

- "Cercar neoplàsies sempre" com a pum fonamental i bàsic

- "No va dir res sobre P155, P140"

- No va parlar de les Estatines ni Penicilamina com a possibles causes de la dermatomiositis.

- Quan se" va preguntar sobre el factors de mal pronòstic no va parlar de l'afectació cardíaca com a factor de pitjor pronòstic.

- Efectes secundaris de la corticoterapia: nomes va assenyalar la calcitonina (d'ús controvertir en aquest context), no va mencionar els Bifofonats.

- En comentar la RNM va assenyalar el Deltoides per fer la biòpsia i no el Tríceps que avui en dia s'empra habitualment.

Atenent a totes aquestes qüestions el Tribunal decideix no modificar la nota de l'aspirant”.

La primera part, doncs, va concloure amb la puntuació total de 63 i 49,62 punts, respectivament, per a la Sra. [REDACTED] i per al Sr. Olives, foli 29 del volum II del CD1.

10è.- Si observem el Volum II del CD2 amb la compleció, sembla ser que la valoració dels mèrits per a la fase de concurs es va dur a terme el dia 22 d'abril de 2013, malgrat tot, però, no apareix el seu resultat. No consta en el foli 37. En ell, tan sols, es llegeix:

“Desenvolupament de la sessió

Aprovar les llistes provisionals deis mèrits dels opositors del torn lliure de la categoria FEA de Dermatologia Medicoquirúrgica i Venereologia.

Aprovació de l'acta

Aquesta acta s'aprova per unanimitat.

La presidenta aixeca la sessió, de la qual , com a secretaria, estenc aquesta acta”.

En qualsevol cas, no ha estat qüestionat per les parts litigants, que el resultat fou de 8'121 per a la primera, la Sra. [REDACTED], tots ells d'activitats formatives del 2n apartat, i de 17,100 punts pel segon, el Sr. Olives, desglossats en 3 per a les activitats formatives, 1 de català i altres 13,100 d'experiència professional. Aquí, en canvi, a diferència del contingut del CD2, apareix el resultat en els folis 32 i 35 del volum II del CD1.

En els volums III, IV i V, folis 42 a 104, apareixen els mèrits del Sr. Olives i al final del V i dels VI, VII, VIII, IX i X els de la Sra. [REDACTED]. Volums, tots ells, que, no cal recordar-ho, són del CD2 de compleció de l'expedient.

11è.- Disconforme el Sr. Olives, el dia 30 d'abril, va interessar la revisió de la valoració-puntuació dels seus mèrits ja que no s'havien valorat – folis 106 a 109 - degudament els de la experiència professional i el de formació, docència i activitats científiques i de difusió del coneixement en relació a l'estada a l'Hospital geriàtric de Blackeberg, a l'Hospital del Comtat de Ljunby en dues ocasions, en el Centre de Medicina privada de Srtömsnäsbruk i a l'Europakliniken d'Estocolm. També va qüestionar els de la Sra. [REDACTED].

12è.- Quasi un mes més tarde, el 28 de maig de 2013, el Sr. Olives Rodríguez, va realitzar el tràmit de revisió de l'expedient administratiu relatiu a la valoració de mèrits en la fase de concurs, a la seu central del Servei de Salut de les illes Balears, en presència del Sr. José Pastor Palenzuela, Cap de Servei de Selecció, i sense la presència de cap membre del Tribunal, tal com varen declarar com a testimonis la Sra. Taberner i la Sra. Martin. Consta la referida

compareixença als folis 106 i 107 del document 25 del CD2 de compleció de l'expedient administratiu, fent constar que "pido la documentación adicional que ya he pedido en escritos con registro de entrada. No se me facilita alegando el derecho a la intimidad de otros candidatos. Quiero que conste en acta."

L'esmentat Sr. Pastor, a la seva declaració testifical va reconèixer que hauria d'haver contestat a les al·legacions, tant en el dit tramit, com en el posterior del recurs en via administrativa, i no ho va fer.

L'11 de juliol de 2011, folis 38 i 39 del CD2 i 35 del CD1, el tribunal qualificador no va efectuar cap canvi. Va admetre els mèrits presentats tal i com ho havia resolt.

“Desenvolupament de la sessió

Aprovar les (l·listes definitives dels mèrits dels opositors del torn lliure de la categoria FEA de Dermatologia Medicoquirúrgica i Venereologia.

Aprovació de l'acta

Aquesta acta s'aprova per unanimitat”

13è.- El 19 de novembre de 2011 el tribunal qualificador va remetre al conseller de Salut, Família i Benestar Social del Govern Balear, després de la seva aprovació, la llista d'aspirants que havien superat el procés selectiu.

Està acceptat que hi figurava, pel que afecta al sector sanitari de Menorca, la Sra. [REDACTED] amb una puntuació definitiva de 71,121 i en la relació complementària de la persona aspirant, el Sr. Olives Rodríguez, amb 66,720 punts. Ara bé, la transcripció de l'acta era la mateixa de les dues anteriors, totalment despullada de qualsevulla referència.

Aquí, doncs, hem assenyalat el que figura, de forma completa, a la compleció, és a dir, el DVD al qual es referia el 7è fonament de dret in fine de la sentència de la Sala Tercera del Tribunal Suprem.

TERCER.- La demanda qüestiona la validesa de les resolucions administratives impugnades des dels següents arguments: w

1r.- La vulneració dels principis d'objectivitat, imparcialitat, independència, igualtat, mèrit i capacitat i interdicció de l'arbitrarietat en el procés de selecció.

2n.- Falta d'inclusió de l'aspirant en la llista provisional d'admesos i exclosos, la qual cosa suposa que no va presentar la sol·licitud de participació i no va abonar la taxa en el termini preceptivament assenyalat; per tant, era preceptiva l'exclusió de la Sra. [REDACTED] del procés de selecció.

3r.- Publicació de la llista definitiva d'admesos més d'un mes després d'haver-se publicat el nomenament del Tribunal amb infracció del principi de transparència.

4rt.- Les pràctiques clíniques dutes a terme per l'aspirant Sra. [REDACTED] amb el Dr. Matos Mula, vocal del Tribunal, durant fases claus del procediment de selecció, suposen la vulneració del principi d'imparcialitat.

5è.- L'aspirant no va acreditar la seva identitat per participar en el 1r exercici de l'oposició amb infracció del que es preveia a les bases 7.6 i 7.9 de la convocatòria.

6è.- Falta d'accés a l'expedient administratiu causant-li indefensió.

7è.- Invàlida constitució del tribunal qualificador amb infracció de les bases 5.2 i 6.2.a) vii). Nul·litat de ple dret.

8è.- Límits a l'exercici de la discrecionalitat tècnica: fases d'oposició i concurs de mèrits, i

9è.- Desviació de poder.

QUART.- Se'ns dirà, i sobre aquesta qüestió i posa èmfasi l'actor, que un dels vocals era el Dr. Mato Mula, persona que preparava a la Sra. [REDACTED]. No fou impugnat el seu nomenament en la mesura, afirma l'actor, que la Sra. [REDACTED] no estava dins la llista provisional d'admesos i exclosos.

Altra consideració de la part actora estriba en el fet, així ho afirma, que la relació entre la referida Sra. [REDACTED] i la presidenta del Tribunal Dra. Taberner, el vocal Dr. Rocamora i el Dr. Cros (apoderat irregular del tribunal, així ho cita la direcció lletrada de l'actor en la mesura que no sent vocal va participar en el procés de selecció en moments clau com, per ex. l'examen escrit) eren especials.

També col·loca en el fel de la balança que constituït el Tribunal qualificador, Sector sanitari de Menorca, juntament amb 3 altres que no són del cas – doncs hi havia 4 tribunals independents conformat per les mateixes persones, Tramuntana, Ponent, Menorca i Eivissa - el dia 11 de gener de 2012, tan sols va estar conformat per la presidenta, secretari i 3 vocals, mentre que a l'acta apareixen com a què hi assistiren també els vocals 3r, 4rt i 5è.

Cal assenyalar que la base 5.3 de la convocatòria permetia que, i amb la finalitat de garantir l'homogeneïtat de les proves selectives i la valoració dels mèrits dels aspirants, es poguessin nomenar als mateixos membres del tribunal a tots els sectors sanitaris.

Per altra banda i en relació al personal col·laborador del tribunal en el desenvolupament de les proves al sector sanitari, personal per tal de dur a terme labors de vigilància, coordinació i similars, ve permès específicament a la base 5.11 de la convocatòria. Resta acreditat que el Sr. Cros, acta del 12 de febrer de 2012, va realitzar funcions de representació del tribunal a Eivissa en la mesura, i precisament, que allí hi exerceix les seves tasques laborals; res a veure, doncs, amb el sector de Menorca que els que ens ocupa.

Si el Sr. Olives entenia que hi havia causes de recusació, és evident, tenia tot el dret d'al·legar-les, no tan sols quan, en primer terme, va conèixer a la llista definitiva la inclusió de la Sra. ■■■■■, sinó, després, en el moment de l'examen o en dies posteriors. La parcialitat la va visualitzar quan fou conscient de la qualificació obtinguda.

Tampoc, si prenem en compte el contingut de la base 7.2, es pot afirmar que s'hagués omès cap tipus de tràmit. Amb la llista definitiva, a la fi la dels 2 aspirants, es va assenyalar el lloc, dia i hora de la realització del 1r exercici.

Altra irregularitat sobre la qual hi ha posat l'accent el recurrent és el fet que la Sra. ■■■■■ no s'hagués identificat amb el DNI a l'hora de participar en el 1r exercici. Segons això s'entendria vulnerada la base 7.6 de la convocatòria. Ara bé, aquest punt no ha vingut acreditat, ni, tampoc que ho hagués fet – el d'indentificar-se - el Sr. Olives. A l'acta del dia 15 de febrer de 2012 hi ha

constància de l'examen dels dos aspirants i que varen signar la referida conjuntament amb un membre del tribunal, el Sr. Matos, que és l'especialista de l'Hospital Mateu Orfila de Menorca i altra persona que actuava de col·laboradora, la Sra. Botella.

En relació al que diem, la signatura de part dels membres del Tribunal, un dels punts denunciats pel recurrent Sr. Olives era el de la possible falta de *quorum* de determinades sessions del tribunal; no obstant, aquí s'ha d'entendre el compliment, també, de les bases, concretament de les 6.2.a) i 7.1, en la mesura que les proves als 4 sectors sanitaris es duen a terme al mateix dia i hora, de tal volta que s'hi pot llegir, que a n'aquest prova hi haurà d'assistir, com a mínim, un membre del tribunal qualificador designat pel propi tribunal entre els membres titulars i suplents. La seva funció o feina té una limitació; a saber, supervisar que l'exercici es desenvolupi correctament, a recollir els exàmens i a lliurar-los al tribunal.

Altra punt, seguint l'ordre cronològic, és el relatiu a com i de quina manera es va donar la puntuació. Hem de llegir, llavors aquí, el que es diu a les actes del tribunal de 28 de febrer i 19 d'abril de 2012; actes a les quals hi ha constància que la correcció l'efectuaven tots els membres del tribunal i es feia una mitjana aritmètica després d'eliminar les notes més baixa i alta.

CINQUÈ.- La Sala, inicialment, en la sentència que fou anul·lada i cassada per la Secció 4rta de la Sala Tercera, va estimar que la causa *decidendi* del litigi suscitat era, i sense necessitat de desenvolupar i donar resposta a la resta de qüestions, la segona; és a dir, la que venia determinada per la falta d'inclusió de l'aspirant Sra. [REDACTED] en la llista provisional d'admesos i exclosos que suposava que no havia presentar la sol·licitud de participació i no

havia abonat la taxa en el termini assenyalat; per tant, era del tot preceptiva l'exclusió de la Sra. [REDACTED] del procés de selecció.

Doncs bé, els 5è i 6è fonaments de dret de la sentència segons la sentència núm. 616 del dia 7 de maig de 2019, dictada per la Secció 4rta de la Sala Tercera del Tribunal Suprem, que anul·lava i cassava la nostra 425/2016, la qual hem transcrit abans, suposen que haguem superat el debat a n'aquest punt.

Referit l'anterior el Tribunal no aprecia, després de la prova practicada, que hi hagi hagut un tracte de favor cap a l'aspirant Sra. [REDACTED] que, a la fi, li fou adjudicada la plaça. No obstant, si que apreciem, l'existència d'una sèrie d'irregularitats formals en el desenvolupament dels fets, en especial del Tribunal qualificador i que no foren, després, esmenades, fins i tot, dialècticament, per part de la resolució administrativa recorreguda.

Hi ha constància, no negada, que el Sr. Olives, va formular recurs contra el resultat del primer exercici, ja que, segons l'acta del dia 28 de febrer, fou de 37 punts per a la Sra. [REDACTED] i 27,62 punts per al Sr. Olives – foli 22 del Volum 1 del CD1 de l'expedient -. La puntuació va ser objecte de reclamació i/o revisió. El tribunal qualificador es va reunir el 22 de març de 2012 i va rebutjar l'anterior reclamació mantenint el resultat, folis 25 i 26 del Volum II del CD2 amb la compleció. Va acordar no modificar la nota. Tota l'explicació fou, “no modificar la nota de l'aspirant del Sector de Menorca, que va sol·licitar la revisió”

La valoració dels mèrits per a la fase de concurs es va dur a terme el dia 22 d'abril de 2013 - Volum II del CD2 amb la compleció – No hi ha constància del seu resultat. No consta en el foli 37. En ell, tal com hem descrit a la narració fàctica efectuada, tan sols, es llegeix:

“Desenvolupament de la sessió

Aprovar les llistes provisionals deis mèrits dels opositors del torn lliure de la categoria FEA de Dermatologia Medicoquirúrgica i Venereologia.

Aprovació de l'acta

Aquesta acta s'aprova per unanimitat.

La presidenta aixeca la sessió, de la qual , com a secretaria, estenc aquesta acta”.

Falta de resposta, tot i que, el Sr. Olives, citava per a la valoració— folis 106 a 109 - els de la experiència professional i el de formació, docència i activitats científiques i de difusió del coneixement en relació a l'estada a l'Hospital geriàtric de Blackeberg, a l'Hospital del Comtat de Ljunby en dues ocasions, en el Centre de Medicina privada de Srtömsnäsbruk i a l'Europakliniken d'Estocolm i que, a més a més, també qüestionava els de la Sra. [REDACTED].

El resultat fou de 8'121 per a la primera, la Sra. [REDACTED], tots ells d'activitats formatives, i de 17,100 punts pel segon, el Sr. Olives, desglossats en 3 per a les activitats formatives, 1 de català i altres 13,100 d'experiència professional. Aquí, en canvi, a diferència del contingut del CD2 en què no hi és, apareix el resultat en els folis 32 i 35 del volum II del CD1.

En els volums III, IVn i V, folis 42 a 104, apareixen els mèrits del Sr. Olives i al final del V i dels VI, VII, VIII, IX i X els de la Sra. [REDACTED]. Volums, tots ells, que, no cal recordar-ho, són del CD2 de compleció de l'expedient.

Doncs bé, l'11 de juliol de 2011, folis 38 i 39 del CD2 i 35 del CD1, el tribunal qualificador no va efectuar cap canvi. Va admetre els mèrits presentats

tal i com ho havia resolt, i, tal com havia fet en relació a la reclamació sobre el 1r. exercic, no va motivar, en absolut, la seva decisió. Pura i simplement, va dir:

“Desenvolupament de la sessió

Aprovar les (l)listes definitives dels mèrits dels opositors del torn lliure de la categoria FEA de Dermatologia Medicoquirúrgica i Venereologia.

Aprovació de l'acta

Aquesta acta s'aprova per unanimitat”.

És evident, en conseqüència, que es desconeix el motiu o motius pels quals no es va modificar la puntuació. Sembla ser, per la testifical practicada en la persona de la presidenta del Tribunal qualificador, Sra. Taberner, que se'ls va explicar al Sr. Olives verbalment. No és suficient, ni ajustat a dret, sinó que és necessari motivar-ho i documentar-ho per a possibilitar el posterior control jurisdiccional.

La conseqüència jurídica de la manca de motivació de la decisió del Tribunal és una infracció del que disposa l'article 54.1.a) els actes que limiten drets subjectius o interessos legítims i, f) els que es dictin en l'exercici de potestats discrecionals, així com els que tinguin que ser-ho en virtut de disposició legal o reglamentaria de la Llei 30/1992.

Per altra banda, vist ambdós CDs, no hi trobem constància de com i quina manera es van distribuir entre els membres dels Tribunals, els treballs de preparació de l'examen escrit i oral, ni les grans crees d'on s'havien d'extreure les preguntes, ni l'esquema de correcció de les mateixes, ni els cinc (5) supòsits pràctics que havien de respondre els aspirants, ni si havien de ser els mateixos als quatre sectors sanitaris.

Tampoc hi ha constància a les actes, de les possibles reunions i contactes entre els membres del Tribunal entre la data de constitució i la data de celebració del primer exercici – a la prova testifical, la presidenta del Tribunal, la Sra. Taberner Ferrer va explicar que ella mantenia el contacte amb la resta de membres del Tribunal, a través de correu electrònic –.

És més, de la testifical de l'al·ludida i de la Sra. Martín, resulta que el Tribunal qualificador, a l'inici de la sessió va acordar les preguntes i la forma de puntuar, i que va fer les mateixes preguntes a tots els aspirants, sense reflectir-ho a l'acta. A tot això, li afegim el desfasament horari que va propiciar que les preguntes fetes al matí als aspirants dels sectors sanitaris de Tramuntana, Ponent i Eivissa, es poguessin transmetre a Menorca, únic sector que es va fer presencial i per la tarda, infringint el principi de confidencialitat i les garanties de l'objectivitat i imparcialitat del procés selectiu facilitant una eventual filtració, que s'hagués pogut evitar fent els exàmens a la vegada, o no fent les mateixes preguntes – veure el 8è. dels punts de la narració fàctica efectuada al 2n fonament de dret de la present -.

Tots aquests fet impedeixen el control jurisdiccional de la legalitat dels acords adoptats.

SISE.- Donat els termes del debat i en la mesura que ni el Tribunal qualificador ni les resolucions administratives recorregudes han donat cap tipus “noticia”, en relació a les puntuacions obtingudes, especialment en el que és el barem de mèrits, la Sala procedeix a analitzar l'expedient administratiu, amb l'autobarem i les documentals aportades, arribant a la conclusió de l'existència

d'errors que varen perjudicar al Sr. Olives i beneficiar, en canvi, a la Sra.

██████:

El resultat que expliquem és que al Sr. Olives li pertocava un total de 21,576 punts mentre que a la Sra. ██████ 6,417 punts. Es desglossen de la manera següent:

1r.- Sr. Olives, 17 punts d'experiència professional amb més 3,576 de formació, docència i activitats científiques i del coneixement i 1 punt de coneixement oral i escrit de català; és a dir, 21,576. El Tribunal qualificador el va puntuar amb 17,10 punts.

2n.- Sra. ██████, 0 punts en l'apartat experiència professional i 6,417 de formació, docència i activitats científiques i del coneixement i 0 punts de coneixement oral i escrit de català, o sia, 6,417. El Tribunal qualificador la va puntuar amb 8,121 punts, en el segon apartat que ho era sobre un total de 10.

Si ens centrem, tan sols, amb el recurrent Sr. Olives, el Tribunal qualificar al 1r dels apartats el va puntuar amb 13,100 sobre un màxim possible de 17. Doncs bé, aquí observem com havia d'haver obtingut el màxim. La seva experiència, en el que no fou valorada, era la de:

A.- 270 dies a l'Hospital Geriàtric de Blackeberg (foli 60 del documento 25 de la compleció CD2 de l'exp., és a dir, 9 mesos a raó de 0,10 punts per mes, total de 0,9, apart. 1.1 de l'Annex dels barems.

B.- 183 dies a l'hospital del Comtat de Ljunby (foli 62 del CD2); per tant, 6 mesos a raó de 0,10 punts. 0,60.

C.- 210 dies en el Centre de Medicina Primària de Streimnásbruk (foli 66 del CD2) o sigui, 7 mesos a raó de 0,10 punts, total 0,7.

D.- 450 dies en la Europakliniken d'Estocolm (foli 68 del reiterat doc. 25 del CD2. Ergo, 15 mesos a raó de 0,10 punts, igual a 1,50 punts.

Per altra banda, la suma de dies comptabilitzats 4.038 multiplicat per 12 mesos i dividit per 365 dies, suposa un resultat de 13,20 punts que no 13,10 que es concediren. En conclusió, aquí un total final de 17,10 punts que es convertiren per mor del barem en un màxim de 17 punts.

Al 2n apartat, el de formació, docència i activitats científiques i del coneixement haver-hi mancança de valoració de 6 diplomes de cursos avalats per universitats (folis 92, 94, 96, 98, 100 i 102 del CD2 de compleció). Falta de valoració que conforme a les pautes de baremació li haguessin comportat un augment de 0,576 punts. Un total final de 3,576 punts.

Es mantindria el punt de coneixement de català. Puntuació que sumada a la de les altres, ja, per si sola - 71,176 Sr. Olives, 71,121 Sra. ■■■■■ - supera la de la Sra. ■■■■■ sense necessitat d'analitzar i esmicolar la d'aquesta, si era o no correcta, que, en qualsevol cas, hauria de minvar.

En conseqüència, estimem el contenciós, anul·lem els actes administratius impugnats per no ser adequats a l'ordenament jurídic i declarem el dret del Sr. Antonio Olives Rodríguez a figurar en 1r. lloc, únic en el cas, de la llista d'aspirants que van superar el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent

al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila i al seu nomenament com a personal estatutari fix de la categoria facultatiu especialista de l'àrea de dermatologia medico quirúrgica i venereologia corresponent al referit Sector sanitari i hospital. Declaració que comporta, a més, la condemna a la demandada a estar i passar per ella i adoptar les resolucions i mesures oportunes per tal de dur a terme el contingut de la present.

SETÈ.- La Sala, en la consideració de les circumstàncies del debat i en el temps en què es va interposar el contenciós, l'any 2014, no fa imposició de costes processals, de conformitat amb l'article 139 de la Llei Jurisdiccional.

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER.- ESTIMAR el present recurs contenciós administratiu.

SEGON.- ANUL·LAR els actes administratius impugnats.

TERCER.- DECLAREM el dret del Sr. Antonio Olives Rodríguez a figurar en 1r. lloc, únic en el cas, de la llista d'aspirants que van superar el concurs oposició per cobrir places vacants de la categoria FEA de dermatologia medico quirúrgica i venereologia, corresponent al Sector sanitari de Menorca, hospital Mateu Orfila i al seu nomenament com a personal estatutari fix de la categoria facultatiu especialista de l'àrea de dermatologia medico quirúrgica i venereologia corresponent al referit Sector sanitari i hospital. Declaració que comporta, a més, la **condemna** a la demandada **a estar i passar** per ella i

adoptar les resolucions i mesures oportunes per tal de dur a terme el contingut de la present.

QUART.- No es fa imposició de costes processals.

Contra la present, i conforme a la modificació operada per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, en quant afecta a la Secció 3era del Capítol III del Títol IV integrada pels articles 86 a 93 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, hi cap recurs de cassació per a davant el Tribunal Suprem en el termini de 30 dies comptador des del següent a la notificació de la sentència amb la forma prevista als citats articles i amb més prenent-se en compte l'acord de la Sala de Govern del Tribunal Suprem de 26 d'abril de 2016, publicat que fou en el BOE núm. 162 de 6 de juliol de 2016.

Si el recurs hagués de fundar-se exclusivament en infracció de normes emanades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, serà competent aquest Tribunal.

Així per aquesta nostra sentència ho pronunciem, manem i signem.



PUBLICACIÓ.- Llegida i publicada que ha estat l'anterior sentència pel President d'aquesta Sala Il·lm. Sr. Gabriel Fiol i Gomila ponent a aquest tràmit d'Audiència Pública, dono fe. El Secretari, rubricat.