



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen elaborado por: Verónica Méndez Monzón.

Objeto: Nulidad, anulabilidad, revocación la Resolución de 19 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, por la que se modifica la Resolución de 2 de noviembre de 2016, por la que se convocan procesos selectivos para cubrir, con carácter fijo, dos puestos vacantes en la plantilla del CITA.

Diciembre 2018

Director:

José Luis Bermejo Latre

Máster Abogacía

Curso 2018/2019

TABLA CONTENIDO

I.	RELACIÓN ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	5
II.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	9
1.	DOCUMENTACIÓN.....	14
2.	CUESTIONES PLANTEADAS	15
III.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	19
1.	ARGUMENTOS DE FONDO	19
1.1.	Modificación de la base 6.2 de la convocatoria	19
1.2.	Efectos que se derivarían de la no impugnación de una modificación como la que se está analizando.....	24
1.3.	En cuanto al trámite de subsanación de errores, ¿Se ajusta a derecho la recepción de documentación sine die por parte de la Administración?	26
1.4.	Medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo..	30
1.5.	Naturaleza de la prestación de servicios que venía prestando Celia al CITA y consideración de su cese.....	37
2.	ARGUMENTOS PROCESALES	48
2.1.	Vía administrativa	48
2.2.	Vía contencioso-administrativa.....	50
2.3.	Procedimiento laboral paralelo.....	54
IV.	CONCLUSIONES.....	59
V.	BIBLIOGRAFIA.....	61

I. RELACIÓN ABREVIATURAS UTILIZADAS.

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Boletín Oficial de Aragón	BOA
Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón	CITA
Constitución Española	CE
Decreto 1/1991, de 19 de febrero Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón	LOFP de Aragón
Estatuto de los Trabajadores	ET
Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas	LPAC
Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social	LRJS
Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado	EBEP
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.	LRJCA
Resolución de 2 de noviembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, se convoca proceso selectivo para cubrir, con carácter fijo, el puesto vacante en la plantilla de	Resolución de 2 de noviembre de 2016)

este Centro, y para la elaboración de una lista de espera para la contratación de las sucesivas vacantes temporales que se produzcan en los mismos	
Resolución de 19 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, por la que se modifica la Resolución de 2 de noviembre de 2016, por la que se convocan procesos selectivos para cubrir, con carácter fijo, dos puestos vacantes en la plantilla de este Centro, y para la elaboración de una lista de espera para la contratación de las sucesivas vacantes temporales que se produzcan en los mismos	Resolución de 19 de diciembre de 2016
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	STJUE
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal Supremo	TS

II. ANTECEDENTES DE HECHO

PREVIO. Doña Celia Alonso Alonso es Licenciada en Periodismo, es personal laboral en la relación de puesto de Trabajo de Personal propio del CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y TECNOLOGÍA AGROALIMENTARIA DE ARAGÓN (en adelante, CITA) de Gestor de Contenidos, por contratación de trabajo de duración determinada, que data desde el 13 de marzo de 2007, hasta el día 13 de Marzo de 2018, cuando fue cesada, es decir, durante 11 años, en virtud de los siguientes contratos:

1. Contrato de duración determinada para el desempeño del puesto de Gestora de Contenidos por el que se comprometía a prestar servicios en el citado puesto, a cambio de la retribución mensual de 2.723,21 euros brutos en concepto de salario y complementos, más dos pagas extraordinarias anuales de salario base, a tiempo completo, 39 horas y 30 minutos semanales, prestadas de lunes a viernes.

Dicho contrato se celebra para la realización de una obra o servicio: *“Publicación de contenidos en página web, redacción de artículos, textos o similares para su publicación, organización de trabajos y seminarios, elaboración y proyección de imágenes corporativas para la puesta en marcha de proyectos relacionados con el Parque Científico Tecnológico en el Campus de Aula Dei en Montañana (Zaragoza)”* Siendo estipulada la duración del mismo hasta el 13 de marzo de 2009.

2. Contrato de duración determinada para el desempeño del puesto que venía ocupando desde el 13 de marzo de 2007 como Gestora de Contenidos del CITA para “cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva”, es decir, extendiéndose el mismo hasta “su provisión definitiva”, siendo la jornada laboral estipulada de tiempo completo (39 horas y 30 minutos semanales) retribuyéndosele con 2.828,97 euros brutos al mes.

Según consta en la última nomina, era retribuida con un salario bruto mensual de 3.276,32 € o, en su caso, 109,21 € diarios.

PRIMERO. Por Resolución de 2 de noviembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, se convoca proceso selectivo para cubrir, con carácter fijo, el puesto vacante en la plantilla de este Centro, y para la elaboración de una lista de espera para la contratación de las sucesivas

vacantes temporales que se produzcan en los mismos (en adelante, Resolución de 2 de noviembre de 2016), y específicamente en su artículo 6.2 inicialmente aprobado a la hora de baremar los méritos, así como el propio objeto de dicho proceso selectivo del puesto de plantilla del puesto del CITA.

Según las Normas generales, plasmadas en la base 1 de la convocatoria, se convocan procesos selectivos:

“6.2. Fase de concurso.

Los aspirantes que hubiesen superado la fase oposición participarán en la fase de con-curso, que no será eliminatoria. No podrá aplicarse la puntuación de la fase de concurso para superar el ejercicio de la fase de oposición.

Únicamente, se valorará como méritos la siguiente experiencia profesional:

b) Para el puesto de Gestor de Contenidos: la experiencia profesional en las tres siguientes funciones en un organismo público de investigación en la categoría profesional ofertada o similar de acuerdo con el nivel formativo exigido para participar en el proceso selectivo.

- Gestión de contenidos en páginas web en un organismo público de investigación.

- Elaboración de memorias de funcionamiento en un organismo público de investigación.

- Implantación de imágenes corporativas en un organismo público de investigación dedicado a la investigación agroalimentaria.

Esta parte se valorará como máximo hasta 15 puntos, de acuerdo con el siguiente criterio: 0,15 puntos por cada mes trabajado mediante una relación contractual laboral o estatutaria a tiempo completo, o la parte proporcional correspondiente.

No se computarán los servicios prestados simultáneamente con otros igualmente alegados

La valoración se efectuará, en todo caso, condicionada a su acreditación documental, a cuyo efecto los interesados deberán aportar, en el momento en que se les requiera, la documentación correspondiente. Tal aportación no podrá servir para acreditar nuevos méritos no alegados en su momento por olvido o adquisición posterior.

Al finalizar la valoración de méritos de la fase de concurso, el Tribunal publicará en los lugares señalados en la base 1.6 la puntuación obtenida por cada aspirante que ha superado la fase de oposición.

6.3. Calificación final y superación del proceso selectivo.

La calificación final de las pruebas se determinará por la suma de las puntuaciones obtenidas en la fase de oposición y concurso.

Los puntos obtenidos en la fase de concurso se sumarán a la puntuación obtenida por los aspirantes aprobados en la fase de oposición, a efectos de establecer la relación definitiva del aspirante que ha superado el correspondiente proceso selectivo, que se publicará en los lugares señalados en la base 1.6.

A tal efecto, el puesto se adjudicará al aspirante que alcance mayor puntuación total por la suma de las calificaciones obtenidas en ambas fases.

SEGUNDO. Por Resolución de 19 de diciembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, por la que se modifica la Resolución de 2 de noviembre de 2016, por la que se convocan procesos selectivos para cubrir, con carácter fijo, dos puestos vacantes en la plantilla de este Centro, y para la elaboración de una lista de espera para la contratación de las sucesivas vacantes temporales que se produzcan en los mismos, publicada en el BOA núm. 228, de 25 de noviembre (en adelante, Resolución de 19 de diciembre de 2016), se procede a alterar el tenor original de la base 6.2 b), cuya modificación es la siguiente:

“6.2. Fase de concurso.

b) Para el puesto de Gestor de Contenidos: la experiencia profesional en las tres siguientes funciones en la categoría profesional ofertada o similar de acuerdo con el nivel formativo exigido para participar en el proceso selectivo.

- Gestión de contenidos en páginas web.*
- Elaboración de memorias de funcionamiento.*
- Implantación de imágenes corporativas”*

TERCERO. Que, con fecha 16 de Febrero de 2018 se publica en el Tablón de Anuncios del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón Resolución de 15 de Febrero de 2018, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnológica Agroalimentaria de Aragón, por la que se resuelve el proceso selectivo convocado por Resolución de 2 de noviembre de 2016.

Esta Resolución, dimana de la propuesta elevada por el Tribunal Calificador del proceso selectivo antedicho, de 21 de julio de 2017, publicado el 24 de julio de 2017, y en el que viene a aprobar la relación definitiva de la siguiente persona que ha superado el proceso selectivo: Doña Victoria, que ha obtenido 26,00 puntos.

CUARTO. Al antedicho proceso selectivo de referencia concurre Doña Celia Alonso Alonso, cuya puntuación fijada por el Acuerdo del Tribunal Calificador es de 25,00 puntos. Sin embargo, se presentan alegaciones por parte de varias de las concurrentes contra las valoraciones de las fases de oposición y concurso, entre ellas, Celia, a tenor de lo establecido en la base 6.2, siendo nuevamente baremados los méritos por el Tribunal calificador, de esta forma, mediante el Acuerdo del Tribunal de 26 de abril de 2017 se estima necesario modificar la puntuación final y propuesta de contratación realizada, dando como resultado la apertura de una fase de subsanación de conformidad con el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), pues fue constatando que la valoración de los méritos se basó únicamente en el informe de la vida laboral, resultando preciso que, además se acreditara de cualquier otro modo la prestación de las tres funciones previstas en la base 6.2 de la convocatoria (por ejemplo, un certificado o informe de la empresa en la que se prestaron los servicios)

Concluido dicho trámite, se revisa la debida acreditación de los méritos valorados, ello teniendo en consideración que el baremo de puntuación es de 0.15 I 0.12 (sector publico /privado) puntos por mes trabajado mediante una relación contractual laboral o estatutaria a tiempo completo, o la parte proporcional correspondiente, además habiéndose tenido en cuenta lo estipulado en el artículo 6.2 del Decreto 1/1991, de 19 de febrero Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, LOFP de Aragón), de aplicación en la convocatoria como establece el artículo 10.1 de la misma.

Lo expuesto conllevó la modificación de la valoración efectuada a algunos opositores, y, por consiguiente, del Acuerdo de valoración de la fase de concurso dictado el 26 de abril de 2017.

Como consecuencia de la nueva valoración de la fase de concurso, la valoración varió resultando ser Doña Carmen Gracia García la aspirante con mayor puntuación (26.00 puntos).

Por consiguiente, y como se ha referido, el Tribunal adopta los Acuerdos de 21 de julio de 2017 por lo que se modifican los Acuerdos de 26 de abril de 2017 relativos, por un lado, a la valoración específica de la fase de concurso, y por otro, a la valoración del proceso selectivo, que recoge la puntuación final otorgada por el Tribunal y la propuesta de contratación a favor de la aspirante que obtiene mayor puntuación en el proceso.

Con fecha 24 de Julio de 2017, se publicó en el Tablón de Anuncios del CITA la Resolución de 21 de julio de 2017, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, por la que se aprueba la relación definitiva de la aspirante que ha superado el proceso selectivo correspondiente a la provisión, con carácter fijo, del puesto de Gestor de Contenidos, convocado por Resolución de 2 de noviembre de 2016.

QUINTO. El Tribunal Calificador aprueba una nueva relación de los aspirantes que han superado los ejercicios de las fases de concurso y de oposición del proceso selectivo, con la puntuación acumulada ordenada de mayor a menor puntuación:

- Doña Carmen Gracia Garcia, 26,00 puntos.
- Doña Alonso Alonso: 25,00 puntos.

Por lo tanto, en virtud de la puntuación acumulada, ordenada de mayor a menor, Doña Celia ostenta la segunda mejor puntuación, así como de acuerdo con la base 9 de la convocatoria, en el que se aprueba la bolsa de empleo para la contratación de las sucesivas vacantes temporales que se produzcan en el puesto convocado, formada por las personas relacionadas en orden de mayor a menor puntuación, según consta expresamente en la Resolución de 21 de julio de 2017 del Director Gerente del CITA en estos momentos recurrida, figura en dicho listado en primer lugar con 25,00 puntos.

SEXTO. Actualmente el puesto de Gestor de Contenidos del CITA ha sido cubierto por Doña Ana, quien desempeña el mismo desde el 1 de Abril de 2018.

1. DOCUMENTACIÓN

Como documentación de partida se ha contado, para realizar este dictamen, con los siguientes documentos: En primer lugar, las resoluciones de 2 de noviembre y de 19 de Diciembre del CITA por la que se convocan procesos selectivos para cubrir, con carácter fijo, dos puestos vacantes en la plantilla de este Centro. En segundo lugar, con el Acuerdo del Tribunal, tanto del 27 de abril como de 21 de julio. Por último, se ha tenido acceso al escrito de alegaciones presentado por Doña Celia frente a aquel.

A su vez, se ha contado con los contratos laborales de Doña Celia con el CITA e informes médicos de la recurrente, así como documentación aportada por parte del resto de participantes en el concurso, la cual pretende acreditar su experiencia en las tres áreas que se solicitaba en la Resolución.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Ante esta situación y atendiendo a la documentación aportada, se solicita respuesta fundada en Derecho acerca de las cuestiones que se refieren *ut infra*.

Por ello, se solicita a este profesional este dictamen, en el cual se debe informar sobre los argumentos que podrían ser empleados y el iter procesal a seguir, tanto en vía administrativa como judicial.

1. ¿Es posible realizar la modificación y en las condiciones en que se ha hecho?
¿Supone la modificación de la base 6.2 de la Resolución de 2 de noviembre de 2016, del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, plasmada en la Resolución de 19 de Diciembre, una modificación sustancial de las bases de la convocatoria?
2. ¿Qué incidencia tiene en el caso que no se haya impugnado la modificación?
3. En cuanto al trámite de subsanación de errores, ¿Se ajusta a derecho la recepción de documentación *sine die* por parte de la Administración?
4. ¿Cabe la solicitud de medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo?
5. ¿El cese de Celia debe ser considerado como despido improcedente y por consiguiente señalarse como laboral e indefinido la naturaleza de la prestación de servicios que venía prestando al CITA desde el 13-03-2007?

3. NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se ha acudido a la siguiente normativa que resulta de aplicación a la misma:

1. Constitución Española.
2. Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
4. Ley 39/84, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, en redacción dada por la Ley 23/1988, de 18 de julio.
5. Estatuto Básico del Empleado Público, Texto Refundido de la Ley 5/2015 EBEP.
6. Decreto 1/1991, de 19 de febrero Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.
7. Decreto Legislativo 1/1991, de la Ley de la Función Pública en la Comunidad Autónoma de Aragón.
8. Orden, de 27 de agosto de 2012, del Departamento de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se da publicidad al Acuerdo de 22 de mayo de 2012, del Gobierno de Aragón, por el que se dispone la aprobación de la plantilla del personal propio del CITA.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ARGUMENTOS DE FONDO

1.1.Modificación de la base 6.2 de la convocatoria

En principio nada obsta a la modificación de las bases de una convocatoria, sin embargo, deberá corroborarse que existe un error en la misma, sea material, aritmético o bien, que ampare la rectificación.

En este sentido, me parece interesante traer a colación la STS de 4 de febrero de 2015, recurso 540/2013, pues en ella se analiza cómo el Tribunal de Cuentas había procedido a rectificar un error en los requisitos de una convocatoria para aspirar a un puesto a proveer bajo el sistema de libre designación. Con la rectificación realizada tras presentarse los aspirantes, se excluyó expresamente de poder participar a los integrantes de los Cuerpos Superiores de Auditores y Letrados del Tribunal de Cuentas, permitiéndose únicamente participar a los funcionarios de los Cuerpos Superiores de las Administraciones Públicas destinados en el Tribunal de Cuentas.

La STS rechaza la rectificación realizada y expone:

“SEXTO.- Situados ya ante esta resolución, se impone la estimación del recurso contencioso-administrativo mediante el que se impugna, pues es de una palmaria evidencia que dicha resolución nada tiene que ver jurídicamente con la subsanación de un error, sino que supone una modificación de la resolución de la convocatoria, sin seguir para ello, si es que hubiera existido una violación jurídica que lo justificase, el procedimiento de revisión de oficio regulado en el Título VII, Capítulo Primero de la Ley 30/1992. Lo mínimo indispensable para una posible rectificación de un error material, es la concreción de cuál sea dicho error material, sin que pueda advertirse (so pena de abrir la vía a la pura arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE) que la mera afirmación lapidaria de su existencia, que es lo que ha acaecido en el caso actual, baste para dar por sentado que el error existe en realidad, y por la vía de su rectificación justificar la modificación de la convocatoria para la provisión de una plaza. Un proceder tal constituye una burla de las expectativas legítimas; o mejor, de los derechos de participación en el concurso de provisión ya generados por el acto precedente, que de por si resulta contrario a los principios de

buena fe y de confianza legítima establecidos en el art. 3.1 párrafo 2º de la Ley 30/1992. Es especialmente elocuente respecto a la indeterminación del error que se aduce que ya en el proceso judicial el defensor del Tribunal de Cuentas no hace la más mínima indicación de cuál fuese el error cuya apreciación sirvió de base a su rectificación por la resolución recurrida, lo que conduce a negar la existencia del error material. En cualquier caso la modificación que supone la resolución recurrida respecto de la precedente evidencia que lo que se ha hecho, sin justificar la razón del cambio, es alterar unos requisitos claves de la convocatoria en relación con la plaza cuestionada, que es un cambio de carácter netamente jurídico, en modo alguno reconducible a un supuesto de error material.”

Es obligado a su vez citar constante y abundante doctrina sobre este particular¹, en todas ellas se viene a señalar que para que se pueda llegar a apreciar la existencia del error material que se autoriza legalmente a rectificar en cualquier momento, ya sea de oficio a instancia de parte, se exigen los siguientes elementos: Que el error material o de hecho sea “ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse *prima facie* por su sola contemplación”, de modo que para poder aplicar el mecanismo contemplado en el artículo 109 de la LPAC (antes artículo 105.2 de la Ley 30/1992) se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:

- a. que se trate de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”;
- b. que el error “se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte”;

¹ STS de 18 de junio de 2001 (casación 2947/1993)

STS de 5 de febrero de 2009 (casación 3454/2005)

STS de 15 de marzo de 2010 (recurso 226/2009)

STS de 1 de octubre de 2012 (Recurso número 527/2011)

Entre otras STS de 29 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5626), RC 2416 / 2009 y 24 de junio de 2015 (RJ 2016, 6475) (rec. 2256/2014) en las que se cita una copiosa jurisprudencia (STS de 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 9512), recurso de casación 2947/1993, con cita de las sentencias de 18 de mayo de 1967, 15 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5099), 31 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5172), 16 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5776), 30 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2325), 18 de septiembre de 1985, 31 de enero de 1989, 13 de marzo de 1989, 29 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2353), 9 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7033), 26 de octubre de 1989, 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8981), 27 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1521), 23 de diciembre de 1991 (RJ 1992, 322), recurso núm. 1307/1989, 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8127), recurso de apelación número 8516/1992)

- c. que “el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables”;
- d. que “no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos”;
- e. 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)”;
- f. que “no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no 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 rectificador 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”, que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 (actuales artículos 106 y ss. de la Ley 29/2015) ;
- g. finalmente, se viene exigiendo “que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)”

Y en la misma línea, la STS 3 de octubre de 2014, de la Sección 4ª de la Sala 3ª (Rec. cas. 4071/2012), cuyo Fundamento de Derecho Séptimo dice:

«SÉPTIMO.- Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta Sentencia, la parte recurrente plantea como único motivo de casación la infracción del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 , referente a la potestad de corrección de errores materiales o aritméticos. Al respecto es jurisprudencia constante que el error del artículo 105.2 Ley 30/1992 debe reunir las siguientes características: 1º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables. 2º Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte. 3º Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos. 4º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que

lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica. 5º La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión. 6º Debe aplicarse con criterio restrictivo.»

Decir que la misma línea se mantiene en las más recientes sentencias de este Tribunal, así a modo de ejemplo, la reciente STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, núm. 1158/2018 de 9 julio (Recurso de casación núm. 2130/2016) que viene a reiterar lo antedicho y señala que el procedimiento de rectificación, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, no puede proyectarse más allá de los objetivos fijados por la naturaleza de esa institución, pues, de lo contrario, el sistema de seguridad jurídica queda en entredicho, ya que permitiría rectificar en cualquier momento resoluciones administrativas firmes. Por ello, dicha previsión debe aplicarse con lo que la jurisprudencia califica de «*hondo criterio restrictivo*» no solo cuando la rectificación se realiza de oficio por parte de la Administración, para introducir cambios en sus resoluciones sin acudir al procedimiento de revisión de oficio o declaración de lesividad, sino también cuando dichos cambios se instan por los particulares pretendiendo rectificar resoluciones administrativas fuera de los cauces y de los plazos marcados para entablar los recursos administrativos y/o judiciales correspondientes.

Así pues, y en conclusión, la utilización de esta vía ha de ser excepcional y tan solo cabe invocarla cuando se trata de rectificar equivocaciones patentes, claras y elementales, y que tales equivocaciones han de ser apreciables sin necesidad de acudir a interpretaciones jurídicas, y es precisamente por todo ello que a la cuestión de si es posible realizar la modificación y en las condiciones en que se ha hecho en el caso concreto que nos ocupa, la respuesta no puede ser otra que una rotunda negativa, pues de realizarse la modificación de la base 6.2 de la convocatoria referida se estarían vulnerando principios sagrados del Derecho tales como el imperio de la Ley y el de la vinculación positiva de los poderes públicos, pues las bases de una convocatoria constituyen la denominada “ley del proceso selectivo”, como bien tiene establecida reiterada Doctrina Jurisprudencial, de forma que, una vez aceptadas vinculan por igual a todos los participantes, a la propia Administración convocante y de forma específica al

Tribunal calificador, hasta el punto de que en la medida en que su actuación infrinja lo dispuesto en las bases de la convocatoria, la actuación será contraria a derecho.

A este respecto cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Mayo de 1989 cuando señala: *“Y en tal sentido, con carácter general, debe recordarse la doctrina jurisprudencial, consagrada en larga trayectoria y acogida reiteradamente por esta Sala, según la cual las indicadas bases han de regir las pruebas selectivas, constituyendo la llamada “ley del concurso-oposición” que vincula tanto a los que concurren a las pruebas de selección como a la propia Administración.”*

En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 420/2014, de 20 junio (JUR 2014, 171991) señala *“... las Bases, como norma o “Ley” del concurso, vinculan tanto a los partícipes en el mismo, como a la Administración convocante y al Tribunal nombrado, asimismo, también a esta Sala, en consecuencia, cuando el sentido y alcance de las mismas son literalmente ciertos e inequívocos respecto a la concreción y precisión del resultado para superar el ejercicio, el criterio aplicable es inmodificable por la concurrencia de circunstancias ajenas al propio proceso selectivo que, como es sabido es de carácter reglado y, por tanto, no susceptible de variación por decisión del tribunal fundada en el ejercicio de su discrecionalidad técnica, ni en la consideración de circunstancias ajenas al propio proceso selectivo, cual es la consideración del resultado obtenido relacionado con el fin de la convocatoria, ignorando, omitiendo o infringiendo la aplicación de la normativa que lo rige, y por ello, el derecho de igualdad en el acceso de la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, no considerado en abstracto sino configurado específicamente en la normativa del propio proceso selectivo.”*

Con todo ello, queda más que constatado que se está infringiendo, no solo el imperio de la Ley, si no el todavía más poderoso imperio de las bases del proceso selectivo, pues la modificación analizada constituye una modificación sustancial de las bases del concurso, que no queda amparada por los supuestos legales, desarrollados por prolija jurisprudencia expuesta, en los que puede llevarse a cabo una rectificación de las bases, por ello, tal modificación no puede sino que ser impugnada por las vías que posteriormente serán desarrolladas.

1.2.Efectos que se derivarían de la no impugnación de una modificación como la que se está analizando.

En caso de que los partícipes en el proceso selectivo no hayan prestado atención a las bases de la convocatoria, más allá del plazo de presentación de instancias, modelo a presentar, temario, etc. Y no se haya prestado debida vigilancia a otros detalles, como podría ser el sentido de la modificación de las bases efectuada por Resolución de 19 de Diciembre.

En ese supuesto la primera cuestión que debe valorarse es la naturaleza jurídica de estas bases, teniendo presente que las mismas son un acto administrativo y no una disposición de carácter general, lo que implica la posibilidad de acudir al recurso “*per saltum*” o lo que es lo mismo, al recurso indirecto que viene recogido en el artículo 26.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (En adelante, LJCA)² y que será posteriormente desarrollado en los argumentos de forma.

El problema radica en el caso de que el plazo de dos meses³ desde la publicación de las bases se haya superado, pues en ese supuesto la Administración (CITA) puede alegar que el recurso es improcedente, pues sería un acto firme y consentido para las partes. Sin embargo, debe tenerse presente que no es lo mismo el tipo de infracción que se trate de recurrir y hacer valer en el proceso judicial (nulidad o anulabilidad), aunque es cierto que en cualquier proceso selectivo, tanto de acceso a la función pública como de provisión de puestos, rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en el artículo 23.2 de la CE, con lo que muchas veces será viable articular un recurso cuya base descansa en la conculcación de estos derechos fundamentales y por ende en causa de nulidad de pleno derecho.

² Art. 26.1 LJCA “1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.”

³ Art. 46.1 LJCA: “El plazo para interponer el recurso contencioso administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el Tribunal Supremo (en adelante, TS) y varios Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo señalar la STSJ del País Vasco de 22 de Febrero de 1999⁴, que con remisión a las Sentencias del Tribunal Constitucional de 9 de Diciembre de 1987, 19 de Mayo de 1997 y 19 de Junio de 1995 señala:

“...la no impugnación de las bases no impide su posterior control jurisdiccional en el recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de las mismas, cuando el motivo deducido sea la vulneración del ordenamiento constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad, lo que resulta indisponible por las bases de una convocatoria, procediendo entrar en el tratamiento de los motivos impugnatorios determinantes de nulidad de pleno derecho...”

O mencionar la más reciente STS 16 enero de 2012 que señala:

“No es una novedad pues el Tribunal Constitucional (SSTC 193/1987 (LA LEY 53409-JF/0000) , 93/1995 (LA LEY 13094/1995) , 107/2003 (LA LEY 12376/2003) , 87/2008 (LA LEY 103540/2008)) ha dicho que no es “obstáculo para plantear un recurso de amparo contra los actos de aplicación de las bases de procedimientos selectivos el no haber impugnado éstas por la razón de que aquéllas se consideran inconstitucionales, puesto que la presunta vulneración del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y empleos públicos (art. 23.2 CE) se habría producido, de forma concreta y real, en el momento en que el nombramiento para ocupar las plazas controvertidas ha recaído en personas distintas a la del recurrente en amparo”.

Doctrina ésta, dice la última sentencia de las citadas, que “exime de la carga de impugnar las bases en casos determinados” aunque “en absoluto exonera de la de recurrir la resolución final”.

Existe por tanto una opción válida para cuestionar la aplicación de unas bases no recurridas en tiempo y forma, que pasará necesariamente por la impugnación de la resolución que ponga fin al proceso selectivo aduciendo motivos de nulidad de pleno derecho.

⁴ Fundamento de derecho tercero de la STSJ de País Vasco de 22 de Febrero de 1999

1.3. En cuanto al trámite de subsanación de errores, ¿Se ajusta a derecho la recepción de documentación *sine die* por parte de la Administración?

La subsanación de errores debe ser entendida como una figura básica del procedimiento administrativo, pues actúa como garantía para los administrados en cuanto que permite reparar determinadas acciones u omisiones de que adolece un acto administrativo propio del acto administrativo paralelo correspondiente al ciudadano interesado.

Sin embargo, jurisprudencia y doctrina han venido a concluir que la subsanación es un mecanismo del que se abusa en demasiadas ocasiones, pues acaba siendo aplicada como un subterfugio para modificar y posicionar al administrado en una situación de facto distinta de la pretendida por la propia subsanación según el tenor literal de la norma.

Respecto a la utilización de la subsanación de errores en el supuesto de procesos selectivo, mención debe hacerse a la STS de fecha 14 de septiembre de 2004 que viene a reseñar la necesidad de *“subrayar que 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”*.

De este fundamento jurídico puede extraerse que el principio de igualdad debe enarbolarse como garantía última del procedimiento de concurrencia competitiva.

A más a más, esta es jurisprudencia consolidada del TS, que ha venido a sentar el criterio en virtud del cual, no existe derecho a plazo de subsanación para invocar méritos omitidos en el momento procesal previamente reseñado por ley y convocatoria.

Cuestión distinta, si admitida, resulta “*sobre criterios de razonabilidad*” permitir la subsanación respecto de méritos alegados con anterioridad a los efectos de mejora documental no afecta al fondo del derecho y, finalmente, cualesquiera otros méritos no acreditados en la documentación presentada y que fueran imputables no al administrado sino al ámbito decisorio ajeno a éste.

En definitiva, es copiosa y casuística la regulación jurisprudencial y doctrinal de la figura de la subsanación, por lo que habrá que analizar en profundidad el caso concreto que nos ocupe, teniendo presente que en todo caso la subsanación no puede arrojar dudas respecto del procedimiento administrativo general o especial que nos ocupe.

En orden a la alegación que se formuló con respecto a la infracción del artículo 68 de la LPAC en lo que se refiere al límite temporal previsto en el precepto citado, la Orden de 8 de Febrero de 2018 hace referencia al Informe de 12 de Septiembre de 2017 proveniente del CITA, en el que se señala que la posibilidad de subsanar la documentación defectuosa.

“constituiría un defecto subsanable que obligaba a realizar un trámite de subsanación” y que a tal efecto “se notificó a los candidatos que, habiendo superado la fase de oposición, habían obtenido puntuación en la fase de concurso basada únicamente en la aportación del informe de la vida laboral, un requerimiento de subsanación en los términos antedichos, otorgando para ello un plazo de diez días hábiles, al amparo de lo establecido en el artículo 68.2 de la LPAC”

El procedimiento de recabar acreditación documental de méritos en la fase de concurso que no estuvieran en posesión de la Administración, se ha dado sin ningún tipo de límite temporal, y así de este modo, el Tribunal Calificador por Acuerdo de 26 de abril de 2017, publicó un listado provisional de puntuación en las fases conjuntas de oposición y concurso, y realizadas Alegaciones por parte de los concursantes, en fechas posteriores, fue aportada nueva documentación en acreditación de méritos de experiencia profesional, de tal modo que se ha modificado absolutamente los criterios, las puntuaciones y lo que conlleva mayor inseguridad jurídica, baremando otros méritos que no se habían tenido en consideración en el Acuerdo de 26 de Abril de 2017.

Así de este modo, y según consta el Acuerdo del Tribunal que juzga el proceso selectivo convocado por la Resolución de 2 de noviembre de 2016 de 21 de Julio de 2017, en el que textualmente dice:

“No obstante, se ha constatado que la valoración de sus méritos se ha basado únicamente en el informe de vida laboral, resultando preciso que, además, se acredite por cualquier otro medio la prestación de las tres siguientes funciones previstas al efecto en la base 6.2 de la convocatoria (por ejemplo, un certificado o informe de la empresa en la que prestó los servicios).

- *Gestión de contenidos en páginas web.*
- *Elaboración de memorias de funcionamiento.*
- *Implantación de imágenes corporativas.”*

En consecuencia concluye que el trámite de subsanación se sujetó al límite temporal legalmente previsto, ello pese a que la aportación de documentación debía estar efectuada no más tardar del día 25 de abril de 2017 y que cualquier aportación documental realizada *a posteriori* de justificación de méritos debía ser extemporánea, puesto que de no ser así quedaría evidenciado, como lo hace en el presente supuesto, que estamos ante una flagrante vulneración de los preceptos constitucionales referentes al principio de igualdad y de acceso a la función pública, ello recogido en los artículos 14 y 23.3 de la CE, y que debieren enarbolar todo proceso de selección de personal y del actuar del Tribunal calificador que debiere haber constreñido su discrecionalidad técnica, salvaguardando los principios constitucionales de acceso al empleo público, lo que no puede predicarse del actuar del tribunal, pues no se sujeta a las bases de la convocatoria primigenias, alterando el tenor de la base 6.2.b, mediante Resolución de 19 de diciembre de 2017, suponiendo dicha modificación una alteración sustancial, ello sin justificación alguna, más que la de evidenciar una clara desviación de poder, puesto que la actuación de la Comisión Juzgadora puede tacharse desde el punto de vista jurídico material de arbitraria, no igualitaria, atentatoria contra el principio de mérito y capacidad o en cualquier caso incurso en desviación de poder.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la base 6.2 de la convocatoria, la valoración se efectuará condicionada a su acreditación documental, a

cuyo efecto los interesados deberán aportar, en el momento en que se les requiera, la documentación correspondiente, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 de la LPAC, se ha notificado un trámite de requerimiento de subsanación de la ausencia o insuficiente acreditación de los méritos.

Es decir, el propio Tribunal Calificador, establece un sistema de subsanación, en el que expresa que, de acuerdo con lo establecido en la base 6.2 de la convocatoria, la valoración se efectuará condicionada a su acreditación documental, a cuyo efecto los interesados deberán aportar, en el momento en que se les requiera, la documentación correspondiente, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se ha notificado un trámite de requerimiento de subsanación de la ausencia o insuficiente acreditación de los méritos.

En este sentido, el propio Tribunal calificador ha infringido el precepto invocado al admitir documentación acreditativa de méritos *sine die*.

En este sentido, al Doctrina jurisprudencial del TS (STS 12 de julio de 2004), establece:

“El concurso público se rige por el principio de concurrencia e igualdad de los participantes, por lo que aún anudar directamente una infracción del artículo 14 de la CE, resulta discriminatorio el que se considere posible la subsanación de defectos para unos concursantes y no para otro tratándose, en todo caso de supuestos de defectos de similar entidad.”

Por lo tanto, al no regular dicha situación la Resolución de 2 de noviembre así como su posterior modificación con la Resolución de 19 de Diciembre, la valoración se efectuará condicionada a su acreditación documental, a cuyo efecto los interesados deberán aportar, en el momento en que se les requiera, la documentación correspondiente, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 de la LPAC notifica dicho trámite de requerimiento de subsanación de la ausencia o insuficiente acreditación de los méritos, tal como consta en su Acuerdo de 1 de julio de 2017, lo que viene a ser contrario al ordenamiento jurídico y a su Doctrina Jurisprudencial, y ya, simplemente por dicho motivo, debe ser anulado el proceso selectivo, declarándose la nulidad o anulación del proceso en sí mismo, por vulneración de dicha norma

procedimental, así como la interdicción de la arbitrariedad y de todo lo antedicho y expuesto *ut supra*.

1.4. Medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo

En relación con la pretensión cautelar que se analiza, y partiendo de lo dispuesto en el artículo 129 y siguientes de la Ley 29/1998 LJCA de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, se va a justificar su procedencia en derecho tomando como punto de partida el que podría considerarse el guion jurídico seguido por la Sala 3ª del Tribunal Supremo para resolver este tipo de cuestiones.⁵

Ha de tomarse en consideración que la regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 y siguientes de la LJCA, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos, se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, y de que, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto, de ahí que en el art. 129.1 de aquella se faculte a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y que en el art. 130 se establezca que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, así como que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada, sin que, en ningún caso puedan examinarse cuestiones que afectan al fondo del recurso.

⁵ Entre otros Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª de fecha 7 de julio de 2004, dictado en el recurso 77/2004, ponente Martín González, Fernando, ATS 8895/2004.

Destáquense pues, la finalidad de la medida cautelar, únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, y la trascendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa (arts. 24,1 y 103,1 de la CE), ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resultaba de la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el grado de dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio.⁶

Aquellas resoluciones del TS, y otras de igual sentido de generalidad, han venido a precisar también, que la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios, por parte del Tribunal, que requiere la necesidad de justificación y prueba de aquellas circunstancias que pueden permitir efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar correspondiendo al interesado la carga de probar qué daños y perjuicios de reparación, imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, así como la imposibilidad de prejuzgar sobre el fondo del asunto, que corresponde resolver en el proceso principal, no en el incidente cautelar que entraña un juicio de cognición limitado sobre la suspensión, destacándose también, en cuanto al "*periculum in mora*" sobre que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, que tiene aplicación cuando se advierta de modo inmediato que, con la ejecución, pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

⁶ Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero y 9 de julio de 1999 y 15 de marzo de 2000 y 3 de abril y 19 de junio de 2001 y, 26 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2003.

También ha tomado en cuenta dicha Sala que el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, de modo que, según reiterada doctrina de esta Sala, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión según el grado en que el interés público esté en juego, por lo que, en la pieza de medidas cautelares, han de tomarse en consideración las circunstancias de cada caso, y los intereses en juego (públicos y particulares), de modo que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto o de la norma.

Esta misma Sala, en cuanto a la apariencia de buen derecho, sólo ha venido a utilizarla en determinados supuestos, de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto, y de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia, en cuanto que lo manifiesto es lo ostensible, indiscutible, y fácilmente apreciable a simple vista, pero no la aplica cuando se invoca la nulidad de un acto o disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo -por primera vez- sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, según se viene explicando, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia.⁷

En cuanto a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debemos mencionar los daños de imposible reparación, o lo que es lo mismo, el *Periculum in mora*.

⁷ En el sentido anteriormente mencionado, de esta nueva tendencia interpretativa de la Jurisprudencia se pueden encontrar en Auto número 00379/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que acuerda la suspensión de la convocatoria referida a la Orden SAN/370/2015, de 29 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Enfermero/a del Servicio de Salud de Castilla y León

La adopción de la medida cautelar de suspensión exige, como dice el art. 130.1 de la LJCA, que la ejecución de los actos que se pretenden suspender o que la falta de adopción de la medida cautelar solicitada, hiciera perder la finalidad legítima del recurso, es decir asegurar la sentencia.

El perjuicio causado a la interesada por la denegación de la suspensión sería irreparable ya que dejaría de disfrutar de todos los beneficios del puesto de trabajo como Gestor de Contenidos del CITA cuyas funciones viene desempeñando desde hace 10 años en virtud de contratos de temporalidad, ello debido a que su puesto fue objeto de proceso selectivo para ser cubierto con carácter fijo, mediante Resolución de 2 de Noviembre de 2016, del Director Gerente del CITA, publicada en el BOA núm. 228, de 25 de noviembre, y a través de Resolución de 21 de julio de 2017, del Director Gerente del CITA, se aprueba la relación definitiva de la aspirante que ha superado el proceso selectivo correspondiente a la provisión, con carácter fijo, del puesto de Gestor de Contenidos, es decir, a ANA. Procediéndose de esta manera a cesar en sus funciones a la solicitante como Gestor de Contenidos del CITA.

Va a sufrir un perjuicio económico irreparable, pues se verá privada absolutamente de salario durante la fase de tramitación de este recurso, incluyendo la expectativa de mejora de su pensión tras la jubilación y dejaría sin finalidad legítima al recurso presentado habiendo perdido un periodo de tiempo muy extenso (el tiempo que transcurra hasta que recaiga sentencia firme en este asunto), y en ese supuesto perdería definitivamente el recurso su finalidad legítima.

Y por otra parte, esta situación a su propia salud, como se puede justificar con el Informe de la Doctora Laura que atendiendo a la patología que presenta la recurrente, TRASTORNO ADAPTATIVO MIXTO e INSOMNIO, desde Mayo de 2017 procede a prescribirle tratamiento farmacológico crónico.

A más, en fecha 3 de Marzo de 2017, se deriva a CELIA al especialista en salud mental señalando lo que sigue:

“Paciente que en mayo del 2017 comenzó con un cuadro de angustia-ansiedad por problemas laborales. Con síntomas depresivos y ansiedad, inicio tratamiento con Fluoxetina + Orfidal, mejorando cuadro. Antecedentes de episodio similar en acontecimientos vitales estresantes. El

cuadro ha evolucionado bien con el tratamiento pero en este momento se han agudizado sus problemas y solicita seguimiento en especializada”

Se puede apreciar la plena coincidencia de la fecha de comienzo de la patología con el Acuerdo del Tribunal calificador de 26 de abril de 2017 adjudicando el puesto a Doña Ana.

Pues bien, de no suspenderse la ejecución del acto administrativo los daños sufridos se convertirán en irreparables, pues tanto el aspecto económico como el referido a la salud, afectaría de una forma catastrófica, ya no solo a mi representada, sino también a su núcleo familiar, pues debe ser reseñado que la recurrente cuenta con un hijo a cargo y con los únicos ingresos que los de su puesto de trabajo como Gestor de Contenidos del CITA, y la sola perspectiva de cesar en sus funciones no hace sino agravar un estado clínico de depresión y ansiedad que condiciona, en gran medida, su vida diaria.⁸

En cuanto a la ponderación de los intereses enfrentado, decir que de adoptarse la suspensión, el interés general no quedaría en ningún caso dañado, pues parece claro que no existe perjuicio para el interés general, sino que se produciría el efecto contrario: Desde la perspectiva de la reparabilidad del perjuicio que puede derivarse para el interés público a consecuencia de la suspensión, ha de entenderse que siempre sería un perjuicio superior el que se podría derivar de la eventual anulación ulterior de la convocatoria impugnada con la resolución definitiva que recaiga en un ulterior procedimiento jurisdiccional, con la necesaria reversibilidad de un proceso selectivo ya culminado al momento de dictarse sentencia, con los efectos de nulidad en cascada que ello conlleva de actos subsiguientes al proceso selectivo ahora convocado, que el que se genera con la sola suspensión de este proceso, teniendo en cuenta que el servicio puede quedar atendido, continuando la recurrente en el puesto de Gestor de Contenidos del CITA, tal y como ha venido haciendo, desde la fecha de inicio hasta la actualidad, es decir, durante 11 años.

Dicha transcendencia en la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia,

⁸ Y en esta misma línea el Auto del TS de 26 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1495).

ello impone la necesidad de examinar el grado de dicho interés público (Autos de la sala 3ª del TS de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y de 16 de noviembre de 1999).

De no seguirse el precedente razonamiento y la constatación fáctica plasmada, conllevaría que dado el tiempo transcurrido desde la convocatoria hasta la eventual firmeza de las sentencias en que se declare su nulidad, a complejos procesos de ejecución, se generarían superiores perjuicios a los partícipes en los procedimientos selectivos.

En orden a la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, deben considerarse como prevalentes los intereses legítimos invocados por la parte solicitante, pues no puede apreciarse como especialmente perjudicado el interés general por la ejecución del acto administrativo que se trata, máxime cuando el artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado (en adelante, EBEP) señala que *“En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”*, lo que implica que no se contravendría el citado precepto legal, acordándose la suspensión del acto, y que el puesto podría ser cubierto, sin que exista tampoco perjuicios para terceros.

Dice reiteradamente nuestra jurisprudencia que es necesario ponderar los intereses enfrentados y que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Puede ser citada en este sentido la Sentencia recaída en Apelación 45/99 (Sección 3ª), de fecha 16 de septiembre de 1999, cuyo fundamento segundo afirma:

“... Las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integran el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de la ejecutividad del acto administrativo, autorizan su suspensión si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela.”

Evitando entrar en el fondo del asunto, puede considerarse que existen elementos suficientes para apreciar la apariencia de buen derecho en la postura de la recurrente, en este sentido la STS de 11 de noviembre de 2003 que dice que el *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es considerado en el Derecho común de la justicia cautelar

como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza. No parece que quien manifiestamente carece de razón a *limine litis* pueda resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo.

La LJCA hace referencia explícita a este requisito, pero debe entenderse implícitamente recogido en el artículo 130.1 cuando se refiere a la garantía de efectividad de la finalidad legítima al recurso como presupuesto de las medidas cautelares.

En este sentido, la alteración de la base 6.2.b ha conllevando que se produzca por parte de la Administración la vulneración e infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, excediendo en dicho acuerdo de modificación de los límites al principio de discrecionalidad técnica, y a más a más, realizándose dicha alteración de forma discrecional por parte de la Dirección Gerencia del CITA, con extralimitación de la discrecionalidad técnica tanto de las Administraciones Públicas como sus Tribunales calificadores; y específicamente con la modificación de dicho criterio en su artículo 6.2 inicialmente aprobado a la hora de baremar los méritos, se modifica el propio objeto de dicho proceso selectivo extendiendo la baremación en la fase de concurso del puesto de plantilla del puesto del Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, lo que es causa de la nulidad conforme al artículo 47 de la LPAC.

Suponiendo además causa de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC la práctica del trámite de subsanación de la documentación acreditativa de méritos en la fase de concurso, debido a que el procedimiento para recabar acreditación documental de méritos en la fase de concurso que no estuvieran en posesión de la Administración, se ha dado sin ningún tipo de límite temporal; utilización por el Tribunal de un sistema de calificación no previsto en las bases de la convocatoria; infracción de los principios de la arbitrariedad, confianza legítima y seguridad jurídica, entendiéndose una directa vulneración del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, que concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función Pública, que reconoce a la recurrente el artículo 23.2 de la CE.

1.5. Naturaleza de la prestación de servicios que venía prestando Celia al CITA y consideración de su cese

Cabe recordar en este punto que Celia, es personal laboral en la relación de puesto de Trabajo de Personal propio del CITA de Gestor de Contenidos, por contratación de trabajo de duración determinada, que data desde el 13 de marzo de 2007, hasta el día 13 de Marzo de 2018, cuando fue cesada, es decir, durante 11 años, en virtud de los siguientes contratos:

1. Contrato de duración determinada para el desempeño del puesto de Gestora de Contenidos por el que se comprometía a prestar servicios en el citado puesto, a cambio de la retribución mensual de 2.723,21 euros brutos en concepto de salario y complementos, más dos pagas extraordinarias anuales de salario base, a tiempo completo, 39 horas y 30 minutos semanales, prestadas de lunes a viernes.

Dicho contrato se celebra para la realización de una obra o servicio: *“Publicación de contenidos en página web, redacción de artículos, textos o similares para su publicación, organización de trabajos y seminarios, elaboración y proyección de imágenes corporativas para la puesta en marcha de proyectos relacionados con el Parque Científico Tecnológico en el Campus de Aula Dei en Montañana (Zaragoza)”* Siendo estipulada la duración del mismo hasta el 13 de marzo de 2009

2. Contrato de duración determinada para el desempeño del puesto que venía ocupando desde el 13 de marzo de 2007 como Gestora de Contenidos del CITA para *“cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva”, es decir, extendiéndose el mismo hasta “su provisión definitiva”,* siendo la jornada laboral estipulada de tiempo completo (39 horas y 30 minutos semanales) retribuyéndosele con 2.828,97 euros brutos al mes.

Pues bien, en este sentido debe referenciarse que la relación laboral que une a las partes puede ser considerada como de carácter indefinido, y por ende, considerarse el cese de Celia como despido improcedente, ello con apoyo en la doctrina jurisprudencial⁹ que indican, en aplicación del artículo 70.1 EBEP y el artículo 4.2.b) RD 2720/1998 que: *“la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura*

⁹ entre otras SSTs 14/07/2014 y 14/10/2014

desde que la misma quedó desierta”, límite que en el caso que estamos estudiando se ha superado en exceso ya que el primero de los contratos entre las partes se suscribe el día 13 de marzo de 2007, como ha quedado relatado, sin que hasta la fecha de 25 de noviembre de 2016, mediante Resolución de 2 de noviembre de 2016, cerca de diez años más tarde, se hubiera procedido a ningún proceso de selección de personal de nuevo ingreso ni de promoción interna para la cobertura del puesto ocupado por la actora.

Debe traerse a colación en este sentido la STS de la Sala Social de 28 de Marzo de 2017 (rec.1664/2015) y es que esta sentencia deriva de la evolución jurisprudencial a la que venía sometándose la figura del indefinido no fijo ya que desde hace algún tiempo el Tribunal Supremo viene entendiendo que el indefinido no fijo no es un contrato temporal sino un contrato indefinido con causa resolutoria, siendo dicha causa la de la cobertura de la plaza a cuya causa deja de aplicar la indemnización correspondiente a los contratos temporales y le aplica “asimiladamente” la de la extinción por causas objetivas, esto es, 20 días por año trabajado, con el límite de 12 mensualidades, ello influenciado en gran medida por la doctrina “Diego Porras” a la que se hará referencia *ut infra*.

Pues bien sería de aplicación el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), siendo trabajador quien presta servicios retribuidos por cuenta ajena y bajo la esfera de organización y dirección de otra persona, que es el empleador o empresario, es decir se encuentra bajo el ámbito directivo del CITA, y en fin, asunción, por Celia de una deuda de trabajo.

Como se ha indicado anteriormente existió dependencia, remuneración fija e inserción Celia en el ámbito organizativo y rector de la demanda, como lo demuestran, significativamente los contratos referidos.

La relación nació en marzo de 2007, suscribiéndose contrato de duración determinada, cuya extensión temporal se fijó hasta marzo de 2009, se celebró en base a lo meritado en el artículo 15.1.a) del ET, esto es, para la realización de una obra o servicio determinado, a lo que debe cohonestarse lo referido en el artículo 2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

En marzo de 2009 se concertó un nuevo contrato de duración determinada de interinidad, en virtud del artículo 15.1.c) del ET siendo que el proceso de selección no fue convocado sino hasta noviembre del año 2016, siete años después de la celebración del contrato de interinidad.

Es decir, la recurrente ha venido prestando servicios como Gestor de Contenidos para el CITA durante 11 años, hasta que con fecha 13 de marzo de 2018 le es notificado su cese con efectos de 31 de marzo de 2018, y ello en virtud de contrato de interinidad durante más de 9 años hasta “su provisión definitiva” lo que evidencia una clara utilización abusiva de la contratación de duración determinada.

En efecto, la motivación indicada en el nombramiento inicial, formalizado en contrato de duración determinada por obra o servicio y en prórroga formalizada en contrato de interinidad no responde a los requisitos exigidos legalmente para garantizar que los nombramientos temporales no se utilicen de manera abusiva, extendiéndose durante un largo período de tiempo, desde 2007 a 2018, ya que para el caso de los contratos de duración determinada son de carácter causal, de modo que rige plenamente el principio de causalidad.

Por su parte, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, define el contrato de interinidad en su artículo 4.1, como el *“contrato celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual”*.

Según el artículo 4.2 de dicho Real Decreto, el contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución y la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Por todo lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que nos encontramos ante un fraude en la contratación temporal, ya que *“para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación*

*indefinida, tal y como se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del RD 2720/1998”.*¹⁰

Es decir, la contratación temporal es causal: si no se justifica que la contratación es temporal y dicha causalidad es acorde con el tipo de contrato realizado, la relación no puede sino considerarse indefinida.

Como se ha reiterado por parte de la jurisprudencia, para poder justificar la temporalidad, esta debe de estar identificada de manera clara y concreta. Sin embargo, como queda evidenciado, tal justificación ha quedado por completo omitida, máxime cuando la temporalidad de la relación laboral se ha extendido por un periodo de 11 años, concatenando contratos de duración determinada.¹¹

Es decir, de acuerdo la Sentencia TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, nº 2756/1998, de 10/09/1998, Rec. 2615/1997 con la para que una cláusula temporal sea correcta han de converger todas estas características:

a) **ESPECIFICACIÓN CON PRECISIÓN Y CLARIDAD DEL CARÁCTER DE LA CONTRATACIÓN.** Se tiene que identificar la causa concreta y el puesto de trabajo concreto que va a realizar el empleado relacionado con esa causa.

b) **LA CAUSA DE TEMPORALIDAD HA DE SER CIERTA.** Junto con la obligación de identificación, la causa de temporalidad ha de ser cierta, recayendo en el empresario la carga de probar tal certeza.

c) **LA CAUSA DE TEMPORALIDAD HA DE SER VÁLIDA.** La entidad de la causa de temporalidad ha de ser suficiente para distinguiese perfectamente de la actividad normal de la empresa, que debe realizarse con empleados con contrato indefinido.

d) **EXCLUSIVIDAD.** Si la causa de temporalidad cumple todos los requisitos anteriores implicará que el empleado contratado por dicha causa tiene que dedicarse sólo a ella.

Del caso de autos se puede extraer que no se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia por entender ajustada a Derecho la contratación de duración

¹⁰ Así lo dice expresamente la STSJ Galicia 5453/2010, de 29 noviembre.

¹¹ SSTs, Sala de lo Social, de 21/04/2010, Rec. 2526/2009, de 03/02/2010, Rec. 1710/2009, de 07/12/2009, Rec. 1032/2009 y de 09/07/2009, Rec. 2186/2008

determinada de la actora con el CITA, y que a este respecto, del conjunto de la jurisprudencia citada y del artículo 6.3 del Código Civil que establece que “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*” debe extractarse que el contrato que unía mediante una relación laboral a la recurrente y al empleador, CITA, debe considerarse como nula, lo que deviene en el carácter indefinido de tal relación laboral.

De la nulidad del contrato temporal se deriva, en definitiva, que el contrato de interinidad deba ser considerado como un contrato ordinario indefinido.

Y en este orden de cosas debe ser traída nuevamente a colación la STS de 28 de marzo de 2018, ya que como ya ha sido expuesto de forma antecedente, viene entendiendo que el indefinido no fijo no es un contrato temporal sino un contrato indefinido con causa resolutoria, siendo dicha causa la de la cobertura de la plaza a cuya causa deja de aplicar la indemnización correspondiente a los contratos temporales y le aplica “asimiladamente” la de la extinción por causas objetivas, esto es, 20 días por año trabajado, con el límite de 12 mensualidades, ello influenciado en gran medida por la doctrina “Diego Porras”.

El caso tratado en la sentencia señalada puede ser extrapolado al caso tratado, en tanto en cuanto la allí actora venía prestando servicios para la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas desde 1 de abril de 2003 hasta el 28 febrero de 2009, fecha en la cual se hace efectiva la rescisión de su contrato por haber sido cubierta su plaza a través del proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Escala titulados superiores especializados del CSIC, en la especialidad Biología y Biomedicina, mediante el sistema de concurso-oposición, habiéndole sido reconocida por sentencia firme de 16 de marzo de 2009 la condición de personal laboral indefinido no fijo.

En esta sentencia de 28 de marzo de 2017, se menciona el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, en la que se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Además, el

TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

El TS lleva a fin un examen más profundo en su sentencia precitada, en cuanto a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo:

“Cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1.c) del ET , pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.”

“Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí

contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.”

Y de lo anterior se desprende la improcedencia del despido y la conversión de la relación laboral que unía a mi representada con el CITA en indefinida no fija.

Es en este punto y sentada la jurisprudencia reciente del TS en materia de indemnización, plasmada en su sentencia de 28 de marzo de 2017, es cuando debe ser expuesta la doctrina y jurisprudencia, derivada de las Sentencias de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que contestan las dudas emitidas por los tribunales españoles y de que influyen en gran medida en la sentencia referida, que se ocupaban de: Caso Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López contra Servicio Vasco de Salud (Sentencia de 14 septiembre 2016, TJCE\2016\110), Caso de María Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud (asunto C-16/15), y el Caso de Ana de Diego Porras contra el Ministerio de defensa (TJCE\2016\111).

El TJUE recuerda que, en relación a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco de 1999, se establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

En este supuesto, procede declarar que existe una diferencia de trato entre la trabajadora con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados.

Y aunque el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por

tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, el TJUE, habida cuenta de la desigualdad observada, señala que debe comprobarse, en un primer momento, la comparabilidad de las situaciones controvertidas y, la existencia de una posible justificación objetiva de tal discriminación y que para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar deben tenerse en cuenta la confluencia de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable.

En efecto, el propio hecho de que Celia ocupara durante once años consecutivos el mismo puesto que debía ser provisto a través de un proceso de selección de personal fijo, no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona que ocuparía de manera permanente el puesto de Gestor de Contenidos, una vez concluido el proceso de selección, que no fue convocado sino 11 años después del inicio de la relación laboral y durante este largo período de tiempo se le han aplicado también las mismas condiciones de trabajo.

En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente es comparable a la de un trabajador fijo.

La mera naturaleza temporal de una relación de trabajo no basta para justificar diferencia de trato, ya que ello privaría de contenido los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada. Así pues, como señala la STJUE 2016/110: *“ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas. A mayor abundamiento, la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea*

la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.”

La TJCE\2016\110 recuerda que la cláusula 5 del Acuerdo marco, tiene por objeto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, e impone a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, como es el supuesto en el que nos hallamos, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

Además, a este respecto, la STS de 22 de junio de 1990 (RJ 1990, 5507) establece que *“para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone”*.

En conclusión, no se da ninguna razón objetiva para que, ante un trabajo desempeñado de manera continuada y en iguales condiciones a los de una persona que esté contratada como indefinida, la indemnización por despido sea inferior o directamente no exista, ya que como concluye el TJUE: *“El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”*.

Puede afirmarse que Celia ha venido prestando servicios, a través de contratos de duración temporal, con la finalidad de cubrir una necesidad permanente, y que atendiendo a la doctrina del TJUE reseñada y a lo expuesto en relación a la STS de 28

de marzo de 2017, no puede sino declararse el carácter indefinido de la relación laboral que unía a mi representada con el Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón, y en consecuencia abonándosele la cuantía indemnizatoria correspondiente, teniendo en consideración: antigüedad de 11 años y 18 días, esto es, inicio de relación laboral en fecha 13 de marzo de 2007 y extinción de la misma con efectos de 31 de marzo de 2018, y a su vez, un salario de 109,21 euros diarios.

No obstante lo antedicho, y mi firme posicionamiento ante dicha doctrina, cabe señalar que la misma es cambiante y sigue evolucionando, muestra de ello es la STJUE de 5 de junio de 2018, relativa al caso Montero Mateos (C-677/16) pues en ella se da un giro en la doctrina que se ha expuesto y el TJUE viene a considerar que no son situaciones comparables y que, por lo tanto, no existe discriminación entre los contratos temporales y los contratos indefinidos en términos indemnizatorios.

La sentencia establece así que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada no se opone a una normativa nacional puesto que esta no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de interinidad celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo al vencer el término por el que estos contratos se celebraron. Considera que hay una razón objetiva que justifica este trato diferenciado.

El asunto se remonta a la controversia originada con la sentencia del 14 de septiembre de 2016 por el TJUE sobre el caso de “Diego Porras”, pues ha hecho que en algunos casos se haya declarado ajustado a derecho el régimen indemnizatorio previsto en la normativa española y en otros contrario al ordenamiento comunitario, lo que ha provocado que se hayan planteado diferentes cuestiones prejudiciales con el objetivo de homogeneizar interpretaciones.

Ahora el TJUE falla sobre el asunto y resuelve que la normativa española relativa al régimen indemnizatorio de los contratos temporales se ajusta al ordenamiento jurídico comunitario en cuanto que la diferente cuantía indemnizatoria prevista en el Estatuto de los Trabajadores para la extinción de los contratos temporales e incluso la ausencia de indemnización para los contratos de interinidad responde a una justificación objetiva.

No obstante, deja la puerta abierta a que el tribunal nacional considere que la situación concreta de la interina pueda considerarse irregular, es decir, que el contrato de interinidad debería haber sido transformado en uno indefinido. De hecho, la sentencia en el caso “De Diego Porras” se refería a un caso en el que la interina llevaba diez años con contratos sucesivos en su puesto, hasta que volvió para ocupar la plaza el funcionario titular, por lo que es equiparable al caso aquí tratado.

2. ARGUMENTOS PROCESALES

Una vez visto el posible espectro argumentativo que puede hacer frente al cese en su puesto de trabajo de Celia por haber procedido a ocupar su puesto mediante un procedimiento de selección a todas luces irregular, es necesario hacer una relación de las vías por las que ha de tramitarse el asunto, referidas tanto al ámbito meramente administrativo, como al judicial.

Así, este epígrafe del dictamen irá desgranando primeramente la vía administrativa, para continuar con la vía del orden Contencioso-Administrativa, señalando los posibles recursos existentes y el procedimiento pertinente para poderse entablar los mismos, a fin de que llegado el caso no existan dudas acerca de los siguientes pasos a seguir si no se estiman nuestros argumentos en anteriores instancias.

2.1.Vía administrativa

De esta forma, dentro de la vía administrativa, se inició por parte de Celia y de varias de las concurrentes al proceso selectivo contra las valoraciones de las fases de oposición y concurso, ello de acuerdo con lo meritado en la fase 6.2, tal y como se ha referenciado *ut supra* en el hecho tercero de este dictamen.

Siendo las alegaciones una manifestación del derecho que posee todo ciudadano a “formular defensa” y a aportar documentos u otros elementos de juicio que a su defensa convenga en el procedimiento administrativo, reguladas en los arts. 53.1.e), 76, 82, y 88.1 de la LPAC, ello directamente relacionado con el art. 24.2 de la CE.

Así, una vez se presentan las alegaciones que estime a su derecho convengan, y estas sean tenidas en cuenta por parte del Tribunal Calificador y ello supusiera la modificación de la valoración efectuada en la fase de concurso, figurada en los acuerdos de 21 de julio de 2017.

Contra dicho acuerdo, cabe recurso de Alzada, fundándose en las siguientes cuestiones: disconformidad con la Resolución de 19 de diciembre, infracción del artículo 68 LPAC en la práctica del trámite de subsanación de la documentación acreditativa de méritos en la fase de concurso, debido a que el procedimiento para recabar acreditación documental de méritos en la fase de concurso que no estuvieran en posesión de la Administración, se ha dado sin ningún tipo de límite temporal;

utilización por el Tribunal de un sistema de calificación no previsto en las bases de la convocatoria; infracción de los principios de la arbitrariedad, confianza legítima y seguridad jurídica, entendiéndose una directa vulneración del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, que concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función Pública, que reconoce el artículo 23.2 de la CE, pues la actuación del Tribunal Calificador excede de la discrecionalidad técnica y no es admisible que el órgano de selección emplee un sistema de calificación que, además de no estar previsto en las bases de la convocatoria, altera la naturaleza y equilibrio entre las distintas pruebas, infringiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

En el mismo recurso debe ser solicitada la suspensión de la ejecución del acto impugnado, así como el acceso a la documentación obrante en el expediente, así como solicitar el acceso a la documentación obrante en el expediente, ello para facilitar copia del expediente tramitado en el proceso selectivo de referencia, y en particular a lo relativo a la valoración de Doña Ana, debido que debía ser minusvalorada, puesto que si su puntuación es de 26,00 puntos, ello se debe a la alteración sustancial de la base 6.2.b, alteración que como se ha venido reiterando a lo largo de la presente debe considerarse anulable en orden al artículo 47 de la LPAC.

Si dicho recurso fuera desestimado por Orden de la Consejera de Innovación, Investigación y Universidad, deberá ser presentado recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en base al artículo 10 LRJCA e interpretando a sensu contrario el artículo 8.1.a del mismo texto legal, lo que será posteriormente desarrollado.

Así mismo, también cabe interponer recurso de alzada contra la resolución de 15 de febrero de 2018 del Director Gerente del Centro de Investigación y Tecnológica Agroalimentaria de Aragón, por la que se resuelve el proceso selectivo convocado por la Resolución de 2 de noviembre de 2016, dimanando la misma de la propuesta elevada por el Tribunal Calificador de 21 de julio de 2017 y en el que viene a aprobar la relación definitiva de la siguiente persona que ha superado el proceso selectivo, pues la misma no pone fin a la vía administrativa, debiendo interponerse ante la Consejera de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su publicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley 29/2002, de 17 de noviembre de creación del CITA en relación

con el artículo 115, 121 y 122 de la LPAC, y dentro del plazo de un mes, contado a partir del día siguiente de su publicación.

Entendiendo que ha sido valorada incorrectamente por parte del Tribunal Calificador correspondiente a la provisión, con carácter fijo, del puesto de Gestor de Contenidos en la fase de concurso, tanto por incumplimiento de la Base 6.2, apartado b, así como por la existencia de otros vicios procedimentales tanto de las Bases que regulan este proceso selectivo como de la propia LPAC, así como específicamente contra el criterio del Tribunal Calificador a la hora de baremar los anteriores contenidos y los vicios procedimentales que se han derivado del mismo.

Asimismo sería conveniente articular pretensión cautelar en el mismo recurso de alzada, en base a lo dispuesto en el artículo 117 LPAC de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, justificando su procedencia como punto de partida el que podría considerarse el guion jurídico seguido por la Sala 3ª del Tribunal Supremo para resolver este tipo de cuestiones¹².

2.2.Vía contencioso-administrativa

En el supuesto de que no se estimen los argumentos empleados en la vía administrativa, la siguiente vía es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esta Jurisdicción, existen diferentes recursos que pueden ser interpuestos en caso de que las sentencias dictadas no sean favorables a los intereses de Doña Celia, los cuales serán relacionados a continuación a fin de que se tenga conocimiento de los pasos que se pueden seguir en esta jurisdicción.

A) *Recurso contencioso-administrativo.*

Contra las resoluciones que desestimen, en su caso, los recursos de alzada que se presentaron en vía administrativa, se puede interponer recurso contencioso-administrativo que deberá tramitarse por los cauces del procedimiento ordinario, fijado en los artículos 45 y siguientes de la LJCA, e interpretando a sensu contrario los artículos 78 y siguientes de la misma norma, ello debido a que se ha agotado la vía administrativa, requisito *sine qua non* para iniciar la vía contencioso-administrativa.

¹² Entre otros Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª de fecha 7 de julio de 2004, dictado en el recurso 77/2004, ponente Martín González, Fernando, ATS 8895/2004

El procedimiento ordinario se regula en los artículos 43 a 77 de la LJCA y debe iniciarse mediante escrito por el que se solicita se tenga por interpuesto, es decir, escrito de interposición, en el que además deberá reclamarse el expediente administrativo a la administración demanda (CITA). Una vez se reciba el expediente, se concede el plazo de 20 días para formular demanda, de la cual se dará traslado a la parte contraria para que en 20 días conteste a la misma.

Así pues, se procede a interponer correspondiente recurso contencioso-administrativo y asimismo, se puede interponer recurso contencioso-administrativo indirecto contra por la Resolución de 19 de diciembre de 2016, pues es el instrumento procesal al efecto para eliminar dicho acto administrativo al tratarse de una disposición de carácter general dictad al amparo de una norma contraria al ordenamiento. Queda regulado en el art. 26.1 de la LJCA¹³ teniendo como finalidad que sean controladas en vía jurisdiccional aquellas disposiciones generales que sean contraria a derecho, y no lo sería tanto la de resolver acerca de una pretensión individualizada entre el administrado y la Administración.¹⁴

En cuanto a los requisitos que han de cumplirse para su interposición, debe indicarse que únicamente es suficiente que en el mismo escrito de interposición se deduzca la intención de la recurrente de recurrir de manera indirecta la mencionada resolución de 19 de diciembre de 2016, como señala el apartado 2 del artículo 26 LJCA.¹⁵

Por ello, en el mismo escrito de interposición sería conveniente anunciar que se procede a interponer recurso contencioso-administrativo directo contra aquellas resoluciones que desestimen en vía administrativa las pretensiones que hayamos alegado en sendos recursos de alzada y que por tanto, agoten la vía administrativa, así como anunciar la intención de la recurrente de interponer recurso indirecto.

Asimismo, en el mismo escrito de interposición sería conveniente solicitar mediante pieza separa medida cautelar para la suspensión de la ejecutividad del acto

¹³ Art. 26.1 LJCA: “Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.”

¹⁴ STS de 20 de junio de 2004

¹⁵ STS de 17 de octubre de 2002

administrativo (en el mismo sentido que se debió solicitar en vía administrativa) regulándose en los arts. 129 y siguientes de la LJCA y tomándose en consideración lo indicado expresamente en su Exposición de motivos (VI, 5), que refiere que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, y de que, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto, de ahí que en el art. 129,1 de aquélla se faculte a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y que en el art. 130 se establezca que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, así como que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada, sin que, en ningún caso puedan examinarse aquí y ahora cuestiones que afectan al fondo del recurso.

Destáquense pues que la finalidad de la medida cautelar no es sino el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario, y la trascendencia de la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa¹⁶ ha de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resultaba de la exposición de motivos de la anterior Ley reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el grado de dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, aunque sin poder

¹⁶ Arts. 24.1 y 103.1 de la CE

prejuzar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio.¹⁷

Aquellas resoluciones del Tribunal Supremo, y otras de igual sentido de generalidad, han venido a precisar, también, que la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios, por parte del Tribunal, que requiere la necesidad de justificación y prueba de aquellas circunstancias que pueden permitir efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar correspondiendo al interesado la carga de probar qué daños y perjuicios de reparación, imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, así como la imposibilidad de prejuzgar sobre el fondo del asunto, que corresponde resolver en el proceso principal, no en el incidente cautelar que entraña un juicio de cognición limitado sobre la suspensión, destacándose también, en cuanto al "periculum in mora" sobre que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, que tiene aplicación cuando se advierta de modo inmediato que, con la ejecución, pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

También ha tomado en cuenta dicha Sala que el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, de modo que, según reiterada doctrina de esta Sala, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión según el grado en que el interés público esté en juego, por lo que, en la pieza de medidas cautelares, han de tomarse en consideración las circunstancias de cada caso, y los intereses en juego -públicos y particulares-, de modo que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto o de la norma.

Esta misma Sala, en cuanto a la apariencia de buen derecho, sólo ha venido a utilizarla en determinados supuestos, de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta, de

¹⁷ Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, y de 28 de enero y 9 de julio de 1999 y 15 de marzo de 2000 y 3 de abril y 19 de junio de 2001 y, 26 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2003).

actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto, y de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia, en cuanto que lo manifiesto es lo ostensible, indiscutible, y fácilmente apreciable a simple vista, pero no la aplica cuando se invoca la nulidad de un acto o disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo -por primera vez- sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, según se viene explicando, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia.

En el sentido anteriormente mencionado, de esta nueva tendencia interpretativa de la Jurisprudencia se pueden encontrar en Auto número 00379/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que acuerda la suspensión de la convocatoria referida a la Orden SAN/370/2015, de 29 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Enfermero/a del Servicio de Salud de Castilla y León.

A más a más cabe señalar la posibilidad de que también sean presentados recursos contencioso-administrativos por parte de otras concurrentes al proceso selectivo, y en ese caso Celia deberá contestar a aquellos como codemandada junto al CITA.

2.3.Procedimiento laboral paralelo

Una vez sentado lo anterior y fuera del procedimiento contencioso-administrativo, debe hacerse referencia al procedimiento laboral que podría iniciarse por parte de Celia.

En este sentido cuando remitan a Celia su cese en el puesto de gestor de contenidos del CITA, sería conveniente que se firmara en disconformidad y proceder a recurrir el mismo. Dada la naturaleza de la acción emprendida y habida cuenta de la pretensión que se incardina en la demanda, debe seguirse el trámite del procedimiento ordinario, al no existir un cauce específico para la acción, según se reitera en la interpretación de los Tribunales y de acuerdo a lo meritado en el artículo 102 de la LRJS. Así, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69.2 de la Ley 36/2011,

de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS) en las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos.

Mencionar en este punto que no será necesario proceder a la conciliación previa en virtud de la Disposición final tercera de la LPAC, que refiere la modificación de la LRJS en su artículo 64 referido a las “excepciones a la conciliación o mediación previas” pues en su apartado 1 señala la exención del requisito del intento de conciliación a los casos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, como es el caso que nos atañe.

Amén de lo anterior, debe ejercitarse la acción para que se declare que la relación laboral que une a las partes es de carácter indefinido, y por ende, se declare el cese como despido improcedente, ello con apoyo en la doctrina jurisprudencial¹⁸ que indican, en aplicación del artículo 70.1 EBEP y el artículo 4.2.b) RD 2720/1998 que: *“la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta”*, límite que en el caso aquí expuesto se ha superado en exceso ya que el primero de los contratos entre las partes se suscribe el día 13 de marzo de 2007, como ha quedado relatado, sin que hasta la fecha de 25 de noviembre de 2016, mediante Resolución de 2 de noviembre de 2016, cerca de diez años más tarde, se hubiera procedido a ningún proceso de selección de personal de nuevo ingreso ni de promoción interna para la cobertura del puesto ocupado por la actora.

Debe traerse a colación en este sentido la STS de la Sala Social de 28 de Marzo de 2017 (recurso 1664/2015), y es que esta sentencia deriva de la evolución jurisprudencial a la que venía sometiéndose la figura del indefinido no fijo ya que desde hace algún tiempo el Tribunal Supremo viene entendiendo que el indefinido no fijo no es un contrato temporal sino un contrato indefinido con causa resolutoria, siendo dicha causa la de la cobertura de la plaza a cuya causa deja de aplicar la indemnización correspondiente a los contratos temporales y le aplica “asimiladamente” la de la

¹⁸ Entre otras SSTs 14/07/2014 y 14/10/2014

extinción por causas objetivas, esto es, 20 días por año trabajado, con el límite de 12 mensualidades, ello influenciado en gran medida por la doctrina “Diego Porras”.

Queda acreditado que la recurrente mantenía una relación laboral con el CITA como Gestora de Contenido, Nivel 24, Complemento B), Titulación Académica Licenciado en Periodismo o Publicidad o Relaciones Públicas.

Y es en este punto y sentada la jurisprudencia reciente del TS en materia de indemnización, plasmada en su sentencia de 28 de marzo de 2017, es cuando debe ser expuesta la doctrina y jurisprudencia, derivada de las Sentencias de 14 de septiembre de 2016 del TJUE que contestan las dudas emitidas por los tribunales españoles y de que influyen en gran medida en la sentencia referida, que se ocupaban de: Caso Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López contra Servicio Vasco de Salud (Sentencia de 14 septiembre 2016, TJCE\2016\110), Caso de María Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud (asunto C-16/15), y el Caso de Ana de Diego Porras contra el Ministerio de defensa (TJCE\2016\111).

El TJUE recuerda que, en relación a la cláusula 4.1 del Acuerdo marco de 1999, se establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

En el caso expuesto, procede declarar que existe una diferencia de trato entre la trabajadora con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados.

Y aunque el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, el TJUE, habida

cuenta de la desigualdad observada, señala que debe comprobarse, en un primer momento, la comparabilidad de las situaciones controvertidas y, la existencia de una posible justificación objetiva de tal discriminación y que para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar deben tenerse en cuenta la confluencia de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable.

En efecto, el propio hecho de que Celia ocupara durante once años consecutivos el mismo puesto que debía ser provisto a través de un proceso de selección de personal fijo, no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona que ocuparía de manera permanente el puesto de Gestor de Contenidos, una vez concluido el proceso de selección, que no fue convocado sino 11 años después del inicio de la relación laboral y durante este largo período de tiempo se le han aplicado también las mismas condiciones de trabajo.

En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente es comparable a la de un trabajador fijo.

La mera naturaleza temporal de una relación de trabajo no basta para justificar diferencia de trato, ya que ello privaría de contenido los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada. Así pues, como señala la STJUE 2016/110: *“ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas. A mayor abundamiento, la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.”*

La TJCE\2016\110 recuerda que la cláusula 5 del Acuerdo marco, tiene por objeto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, e impone a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, como es el supuesto en el que nos hallamos, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

En conclusión, no se da ninguna razón objetiva para que, ante un trabajo desempeñado de manera continuada y en iguales condiciones a los de una persona que esté contratada como indefinida, la indemnización por despido sea inferior o directamente no exista, ya que como concluye el TJUE: *“El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”*

Puede afirmarse que Celia ha venido prestando servicios, a través de contratos de duración temporal, con la finalidad de cubrir una necesidad permanente, y que atendiendo a la doctrina del TJUE reseñada y a lo expuesto en relación a la STS de 28 de marzo de 2017, no puede sino declararse el carácter indefinido de la relación laboral que unía a mi representada con el CITA, y en consecuencia abonándosele la cuantía indemnizatoria correspondiente, teniendo en consideración: antigüedad de 11 años y 18 días, esto es, inicio de relación laboral en fecha 13 de marzo de 2007 y extinción de la misma con efectos de 31 de marzo de 2018, y a su vez, un salario de 109,21 euros diarios.

IV. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la exposición de los epígrafes que forman este dictamen, es necesario señalar que la situación en la que se encuentra Doña Celia es factible de defensa, aunque el resultado no depende únicamente de nuestros esfuerzos, puesto que son la Administración y en su caso los tribunales quienes han de decidir sobre el asunto.

PRIMERA. La utilización de la modificación de las bases de un concurso-oposición ha de ser excepcional y tan solo cabe invocarla cuando se trata de rectificar equivocaciones patentes, claras y elementales, y que tales equivocaciones han de ser apreciables sin necesidad de acudir a interpretaciones jurídicas.

La modificación de la base 6.2 de la convocatoria vulnera principios sagrados del Derecho tales como el imperio de la Ley y el de la vinculación positiva de los poderes públicos, pues como se ha reiterado a lo largo del presente, las bases de una convocatoria constituyen la denominada “ley del proceso selectivo”, como bien tiene establecida reiterada Doctrina Jurisprudencial, de forma que, una vez aceptadas vinculan por igual a todos los participantes, a la propia Administración convocante y de forma específica al Tribunal calificador, hasta el punto de que en la medida en que su actuación infrinja lo dispuesto en las bases de la convocatoria, la actuación será contraria a derecho y por ende susceptible de ser declarada nula en orden al artículo 47 LPAC, o bien, de manera subsidiaria, declarada anulable o revocable de acuerdo a lo meritado en los artículos 48 y 109 LPAC respectivamente.

SEGUNDA. En cuanto al procedimiento de recabar acreditación documental de méritos en la fase de concurso que no estuvieran en posesión de la Administración, concluirse que el mismo se ha dado sin ningún tipo de límite temporal, de modo que en fuera de tiempo fue aportada nueva documentación en acreditación de méritos de experiencia profesional, de tal modo que los criterios y las puntuaciones fueron absolutamente modificadas, de lo que no puede derivarse más que inseguridad jurídica, baremando otros méritos que no se habían tenido en consideración en el Acuerdo de 26 de Abril de 2017.

Nos encontramos ante una flagrante vulneración de los preceptos constitucionales referentes al principio de igualdad y de acceso a la función pública, ello recogido en los artículos 14 y 23.3 de la CE, y que debieren enarbolar todo proceso de selección de

personal y del actuar del Tribunal calificador que debiere haber constreñido su discrecionalidad técnica, salvaguardando los principios constitucionales de acceso al empleo público.

TERCERA. Dicho lo anterior, la problemática a la que se debe hacer frente, como ya se ha indicado en líneas anteriores de este dictamen, tiene varias alternativas susceptibles de ser empleadas en su defensa, pues junto a la vía contencioso-administrativa, en la que deberán hacerse valer todo cuanto a Derecho convenga a Celia y que ha sido desgranado a lo largo del presente dictamen, procede iniciar un procedimiento laboral con la finalidad de que sea declarada la relación de Celia con el CITA como indefinida no fija, con el derecho a indemnización de 20 días por año trabajado, como así ha venido fijando la doctrina del TJUE.

Este es mi dictamen que sometemos a cualquier otro fundado en mejor Derecho.

En Zaragoza a 10 de diciembre de 2018.

V. BIBLIOGRAFIA

Para la redacción del presente informe se ha consultado la siguiente bibliografía, recursos informáticos y jurisprudencia:

RUÍZ PIÑEIRO, FL. *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid. Aranzadi, 2001.

GIL IBÁÑEZ, JL. *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo: (una visión práctica)*. Colex, Madrid, 2001

CHAVES GARCÍA, JR. *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*. Editorial Reus. Madrid. 2009

- Recursos de internet.

http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/los-peligros-de-las-bases-de-las-oposiciones

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13036-el-tjue-rectifica-la-doctrina-039/>

<https://www.iberley.es/temas/conciliacion-mediacion-previa-procedimiento-laboral-56121>

<https://www.contenciosos.com/funcion-publica/la-subsanacion-en-procesos-selectivos/>

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018. Caso Montero Mateos (C-677/16)
- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016: Caso Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López contra Servicio Vasco de Salud (Sentencia de 14 septiembre 2016, TJCE\2016\110), Caso de María Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud (asunto C-16/15), y el Caso de Ana de Diego Porras contra el Ministerio de defensa (TJCE\2016\111)
- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149)
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 9 julio de 2018, núm. 1158/2018. Recurso de casación 2130/2016
- Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 4 de febrero de 2015. Recurso 540/2013
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo Social de 28 de Marzo de 2017. Recurso 1664/2015
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 24 de junio de 2015 (RJ 2016, 6475), recurso 2256/2014
- Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 3 de octubre de 2014. Recurso de casación 4071/2012
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo 3 de octubre de 2014, de la Sección 4ª de la Sala 3ª. Recurso de casación 4071/2012
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo social de 14 de julio de 2014. Recurso 2057/2013
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo social de 14 de octubre de 2014. Recurso 711/2013
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2012. Recurso 2303/2011
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 29 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5626), recurso 2416 / 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 1 de octubre de 2012. Recurso 527/2011

- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo Social de 3 de febrero de 2010. Recurso 1710/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 15 de marzo de 2010. Recurso 226/2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo Social de 21 de abril de 2010. Recurso 2526/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 5 de febrero de 2009 en recurso de casación 3454/2005
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo Social de 9 de julio de 2009. Recurso 2186/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª de lo Social de 7 de diciembre de 2009. Recurso 1032/2009. Recurso 1032/2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 14 de septiembre de 2004. Recurso 5457/2001
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo de 21 de noviembre de 2003. Número de Recurso 4953/2000
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio de 2001 en recurso de casación 2947/1993
- Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 12 de julio de 2004. Recurso 1644/2002
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo contencioso-administrativo de 19 de mayo de 1989. Recurso 572/1989
- Auto del Tribunal Supremo de la sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 26 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1495)
- Autos del Tribunal Supremo de la sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y de 16 de noviembre de 1999
- Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 7ª de fecha 7 de julio de 2004, dictado en el recurso 77/2004. ATS 8895/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana número de 20 de junio de 2014. Número 420/2014
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de la sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2010. Recurso 5453/2010
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 40/1999, de 22 de marzo de 1999 (BOE núm. 100, de 26 de abril de 1999)

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sala de lo Social, de 10 de septiembre de 1998. Recurso 2615/1997
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 00379/2015 que acuerda la suspensión de la convocatoria referida a la Orden SAN/370/2015, de 29 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Enfermero/a del Servicio de Salud de Castilla y León