



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tlfno.: 952918147 952918138, Fax: 951045526, Correo electrónico: TSJ.SContencioso.Admin.Málaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220000989.

Procedimiento: Recurso de Apelación 128/2023.

De: [REDACTED]

Procurador/a: INMACULADA CALVO LOPEZ

Letrado/a: JOSE VERDUGO CARRERO

Contra: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

Letrado/a: S. J. AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 2409/2023

ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 20 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 128/2023, interpuesto por el Letrado Sr. Verdugo Carrero, en nombre y defensa de [REDACTED] contra la sentencia nº 293/2022, de 31 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de MÁLAGA, al PA 119/22, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por Letrado de la Asesoría Jurídica Municipal.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de Málaga dictó sentencia en el encabezamiento reseñada desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación



con escrito de 30/11/22, donde, con base a los motivos que expone, pide se dicte nueva sentencia por la cual se estime el presente recurso de apelación, con aplicación de sus efectos de acuerdo a lo solicitado en el suplico de la demanda originaria y todo ello junto a los efectos favorables que en Derecho correspondan a esta parte, y con expresa condena en costas a las partes demandadas.

TERCERO.- La parte recurrida presenta escrito el 10/01/23 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia no 293/2022, de 31 de octubre, de dicho Juzgado.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara prueba, vista o conclusiones se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de Málaga dictó la sentencia nº 293/2022, de 31 de octubre, al PA 129/22, que falla:

Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por [REDACTED] frente a la resolución que ha sido identificada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, la cual confirmo por ser la misma conforme a Derecho.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte recurrente, limitando las mismas a un máximo de 200 euros, por todos los conceptos, incluido el IVA si procediera

El fundamento de derecho primero al que se remite el fallo dice: *Resolución de fecha 11 de febrero de 2022 dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga que desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente contra la resolución de fecha 12 de enero de 2022 del Tribunal Calificador de la oposición, desestimatoria de la reclamación efectuada por la recurrente contra el Anuncio nº 13 de la Convocatoria efectuada por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga para cubrir 39 plazas de Auxiliar Administrativo General, OEP 2028, OEP 2019 y OEP 2020.*

SEGUNDO.- La parte apelante alega:

- **VULNERACION DE LAS BASES DE LA CONVOCATORIA.** El Tribunal Calificador ostenta facultad legítima para establecimiento de puntuación mínima conforme a preguntas “válidas” y no conforme a las preguntas “netas”.

Recordamos el contenido de la base nº 36 de las generales que dice

“Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal”

Igualmente la en el Anexo III de las bases específicas se dice en su punto 3.1.b: *“Segundo ejercicio: de carácter igualmente obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes.*



Consistirá en resolver un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionado con la totalidad del temario. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el Tribunal, sin que en ningún caso pueda exceder de 90 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener, al menos, 5 puntos.”

No podemos mostrar nuestra conformidad con la conclusión del Juzgador de Instancia al considerar facultado al Tribunal Calificador para determinar la puntuación sobre las respuestas netas y no sobre las respuestas validas..

Es indiscutible que la Base sólo faculta al Tribunal Calificador para fijar el número mínimo de respuestas correctas “validas” necesarias para superar el ejercicio, es decir el número mínimo de respuestas acertadas que tendría que haber respondido un opositor para superar esta prueba y no menciona en ningún momento puntuaciones directas ni transformadas, ni le faculta, en ningún caso, para fijar otro criterio distinto, como es una puntuación mínima obtenida del número de respuestas correctas menos respuestas incorrectas, que es lo que ha hecho el Tribunal Calificador, extralimitándose respecto de lo permitido por las Bases, sin motivación alguna

Haciendo nuestra los criterios jurisprudenciales expuestos en las sentencia recurrida entendemos no encuadrables los mismos al relato fáctico objetivo de la litis hoy discutida por cuanto:

(a) La relación de valor entre respuestas acertadas y erróneas fue establecida en la convocatoria. En el presente supuesto lo fue a los únicos efectos de determinar la puntuación obtenida por cada aspirante, pero no como criterio para determinar la nota de corte, al decir: “ La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal

(b) la nota de corte, como ya se ha dicho, se realizó de acuerdo con la habilitación prevista en la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes. En el presente supuesto la habilitación expresamente indicaba: *“Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario”*.

De lo acordado por el Tribunal Calificador, se concluye, que no estableció el número mínimo respuestas validas necesarias para superar el ejercicio, tal y como preveía la Base sexta, sino que se ha establecido lo que se denomina puntuación directa mínima, concepto inexistente en las Bases, y en absoluto extrapolable de las mismas, que corresponde, según el acuerdo publicado, a *“Aciertos descontados errores”* o lo que es lo mismo, al número de respuestas correctas menos las respuestas contestadas erróneamente, contraviniendo de esta manera lo dispuesto con toda claridad en las Bases.

c) las puntuaciones transformadas (convertidas en una nueva escala de cifras, SI detallan una previsión de resultado diametralmente distinta a la creencia de los aspirantes que deriva al menos en una confusión mas que razonable , pues no habiéndose comunicado con anterioridad, *“el baremo de preguntas NETAS que no VALIDAS a determinar”* el mismo se fija por el Tribunal a posteriori, y en ningún momento por parte del Tribunal se informa a priori a los aspirantes, de la referida exigencia calificadora para conseguir el aprobado.

En el caso que nos ocupa, la Base establecía con absoluta claridad y concreción los criterios



de puntuación de este segundo ejercicio y los requisitos mínimos necesarios para superarlo por lo que es indudable que, precisamente, conforme a los mismos, los opositores fijaron su estrategia a la hora de resolver el ejercicio, por ejemplo, de cara a responder a mayor o menor número de preguntas en caso de tener alguna duda sobre la respuesta certera que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de respuestas acertadas y erróneas .".

Y así, confiando en lo dicho en las Bases, dado que el mínimo a fijar por el Tribunal para superar el ejercicio debía fijarse sobre el número de respuestas validas, con estas condiciones cada aspirante decide estadísticamente arriesgarse a contestar el mayor o menor número posible de preguntas.

Sin embargo, el cambio establecido por el Tribunal Calificador fijando un criterio distinto al previsto en las Bases en el que entran en juego las respuestas erróneas y se introduce una fórmula de conversión, establece unos criterios nuevos que al ser desconocidos de antemano por los opositores afectan Indudablemente a la estrategia que hubieran podido seguir en la resolución de este segundo ejercicio y por lo tanto, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE y del publicidad que debe regir en todo proceso selectivo.

Es tan manifiesta la creencia "objetiva" de los aspirantes en el baremo de la nota de corte en las preguntas validas, y no en las preguntas netas, que observando las tablas de preguntas respondidas por los aspirantes solamente el 40% respondió un mínimo de 20 preguntas (que requeriría el aprobado), y si el 100% respondió el mínimo de 12 +1 preguntas que terminaba la base *"para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario"*.

- Vulneración del contenido de las bases de la convocatoria con ausencia de motivación del establecimiento de la puntuación en función del conocimiento de los aspirantes.

Esta parte ha de exponer nuevamente la falta de transparencia y claridad en los criterios adoptados por el Tribunal Calificador para el *"establecimiento y determinación de la puntuación mínima"*, quedando absolutamente al arbitrio del tribunal la valoración y calificación que se otorga al ejercicio, sin que pueda por otra parte acogerse el recurrente a criterios preestablecidos o al menos conocidos que le permitan ejercer su derecho a impugnar y reclamar frente a las mismas.

Los criterios de determinación de valoración que corresponde al ejercicio y que ha aplicado el tribunal Calificador, no son conocidos a priori ni a posteriori por el opositor, nada se dice en absoluto, ni tan siquiera la mas mínima excusa en aras de determinación cual es el conocimiento de los aspirantes y que aspectos han sido considerados en los efectos de la calificación definitiva.

El acta nº23 dice:



En cumplimiento de lo dispuesto en la Base 36 d) de las Generales que rigen la convocatoria, *"teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad; se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario.*

La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el tribunal".

En este caso y teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal calificador decide establecer la puntuación mínima de 5 puntos para aprobar este segundo ejercicio en el número de 20 preguntas netas acertadas, resultando aprobados/as 49 aspirantes y no aprobados/as 209 aspirantes (incluyendo el turno libre y el turno de discapacidad), tal como resulta de la documentación adjunta que tiene como título "OEP 2018-2019-2020 Auxiliar Administración General - 2º Ejercicio - Valoración Anónima".

Dicha situación provoca una carencia de garantía y seguridad jurídica en la corrección que conllevan ineludiblemente a indefensión del opositor.

Desconocemos un detalle preciso e individualizado de dicha conclusión, que permitan justificar el juicio técnico del tribunal Calificador, detallando pormenorizadamente que argumentos y criterios llevan a concluir la fijación de este acuerdo.

No existe constitución del juicio técnico que defina *"...teniendo en cuenta el nivel de los aspirantes presentados"*.

¿Cual ha sido ese nivel cognitivo de los aspirantes? ¿Que conclusión científica ha supuesto el argumento técnico que da amparo a la potestad discrecional del Tribunal Calificador? No existe.

Si se observa el cuadrante de calculo adjunto por el Tribunal en dicha acta nº 23, la Nota de Aprobado de la prueba no lleva consigo ninguna justificación técnica, sencillamente se establece "20".



Calcular puntuaciones

Nota de aprobado:

Nota de aprobado de la prueba:

Escala final:

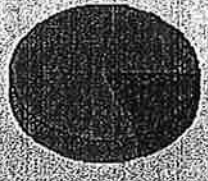
Nota máxima en la escala final:

Nota aprobado en la escala final:

Gráfico:

Aprobados: 49

Suspensos: 209



Parámetros de la corrección:

Nombre de la prueba: EXAAUXOEP201918.PRU

Número de test en la prueba: 1

Puntuación total de la prueba: 25

Test: TEST

Puntuación total: 25

Puntos por acierto: 1

Restar por fallo: 0,5

Restar por doble: 0,5

Restar por blanco: 0

Datos de la corrección:

Total de registros:

Aprobados:

Suspendidos:

Hecho:

En aplicación de la jurisprudencia mas reciente en esta materia , que proclaman las exigencias de motivación, debe de concluirse que la resolución impugnada adolece de falta de motivación y, por tanto , es nula , AL INCURRIR EN UN DEFECTO DE FORMA QUE DA LUGAR A LA MAS ABSOLUTA INDEFENSION DEL OPOSITOR RECURRENTE, siendo esta inexistente argumentación de la resolución recurrida contraria al derecho de todo opositor a una motivación explicita sobre los juicios técnicos proclamada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

En este sentido citamos la sentencia del TS, SALA Tercera, de lo Contencioso – administrativo de 29 de enero de 2014, que expone: “La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible , pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe de cumplir al menos estas principales exigencias: a)expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b)consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga preferencia a un candidato frente a los demás.”

Y continua “Lo primero que debe afirmarse al respecto es que, en todo procedimiento selectivo, cualquier aspirante afectado por ellas tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que hayan sido aplicadas por al Tribunal Calificador, y esa comunicación es obligada para la administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones.



Y lo anterior conlleva que , una vez planteada esa impugnación , no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar el resultado principal en que haya sido exteriorizada, pues es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: a) el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y c) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por a cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.

Debe añadirse , en apoyo y como complemento de lo anterior , que , faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación o calificación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado, por el contrario , respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatare si ese mismo juicio fue o no igualitario. “

Por lo expuesto no se ofrecen al interesado los elementos imprescindible para poder articular debidamente y con plenitud su derecho de defensa en la oportuna impugnación frente a la calificación obtenida.

TERCERO.-La parte apelada alega, en síntesis:

- Analizado el recurso de la parte actora, se observa que el mismo se limita a plantear de nuevo los mismos argumentos que utilizó en la instancia relativos a la actuación del tribunal del proceso selectivo, si bien bajo la apariencia de una crítica a la sentencia recurrida, pretendiendo en definitiva que prevalezca su particular criterio sobre el de la juzgadora de instancia.

En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el recurso de apelación “...no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado procesal obtenido en ella”. Asimismo (STS de 4 de mayo de 1998 –EDJ 1998/2587-) que en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, extremos éstos a los que no se hace alusión en el recurso presentado de contrario, más allá de alguna aislada afirmación meramente ritual.

- La parte recurrente insiste en su tesis de que el Tribunal Calificador vulneró las Bases de la Convocatoria en dos aspectos. El primero, al realizar el cálculo de la “nota de corte” mínima necesaria para aprobar el ejercicio sobre las preguntas que denomina netas en lugar de sobre las preguntas válidas. El segundo, al no motivar esa “nota de corte”, vulnerándose asimismo los principios de transparencia y claridad.

Ambas cuestiones se encuentran resueltas en la sentencia apelada, a cuyos acertados razonamientos nos remitimos expresamente.

Así, en lo relativo al cálculo de la nota de corte, la sentencia –tras una pormenorizada exposición del contenido de las Bases Generales y Específicas de la convocatoria y de varias de las actas del tribunal calificador- se remite expresamente a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, contenida en sentencias de 11 de mayo de 2016 (recurso 1493/2015) y de 7 de febrero de 2019 (recurso 127/2017). Declara la sentencia de instancia



al respecto que, conforme a la indicada doctrina, una cosa es la asignación de valor a las respuestas acertadas y a las erróneas –valor que ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas, como sucede en el caso de autos-; y otra la fijación de una nota de corte después de la corrección del ejercicio –es decir, tras realizar los ajustes que correspondan en función del valor asignado a los errores-, resultando exigible, para evitar favoritismos, que dicha fijación se efectúe antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados, tal y como hizo el Tribunal Calificador en este caso, sin que proceda efectuar reproche alguno a su conducta.

Y es que el razonamiento es claro. Los criterios de puntuación relativos al valor de las respuestas erróneas o en blanco pueden condicionar a los opositores en la realización de su ejercicio, de manera que deban decidir la prioridad en sus contestaciones para responder a mayor o menor número de preguntas en caso de tener alguna duda sobre la respuesta certera. De ahí que tales criterios deban ser conocidos con antelación, como ocurrió en este caso y así consta tanto en el Anuncio nº 10 y su nota complementaria (fols. 27-30) como en las instrucciones dadas a los opositores, al inicio del ejercicio, por los responsables de cada aula (Acta n. 19, de 2 de octubre de 2021, folio 36).

Sin embargo, la determinación de la puntuación mínima o nota de corte necesaria para superar la prueba no condiciona a los aspirantes a la hora de afrontar el ejercicio, máxime cuando en este caso no se estableció una puntuación diferente para las distintas preguntas del supuesto práctico, que fueron todas valoradas con la misma puntuación. Por lo tanto, la única estrategia válida era intentar conseguir la mayor puntuación posible para superar la puntuación mínima que se estableciese, puntuación que sólo podría determinarse una vez realizado el ejercicio y corregido éste de manera anónima.

En definitiva, pues, los aspirantes que concurrieron a la oposición conocían de antemano cuáles eran las reglas del examen: 60 minutos de duración, descontando las respuestas erróneas a razón de 1 pregunta correcta eliminada por cada dos respuestas erróneas, y sin que las respuestas en blanco tuvieran incidencia alguna en la puntuación. Así se concretaban las previsiones de las bases generales, con pleno conocimiento por parte de los interesados, sin vulneración alguna del principio de publicidad.

Y asimismo conocían, porque así lo disponían las Bases Generales y porque se les informó en nota complementaria de 1 de octubre, que el aprobado no tenía que coincidir necesariamente con un 5, o con la mitad de las preguntas válidas del cuestionario. Así, siendo 25 las preguntas planteadas, la decisión del tribunal de situar el umbral mínimo del aprobado en 20 preguntas válidas se ajustó estrictamente a lo prevenido en la Base 36.1.d) de las Generales reguladoras del proceso selectivo.

Como puso de manifiesto la juzgadora de instancia en la sentencia ahora apelada:

Es más las mismas reglas regían en el primer ejercicio de la oposición el cual fue superado por la recurrente, sin que por la misma se alegase nada sobre la incorrección del Tribunal Calificador a la hora de establecer la puntuación exigida para superar el ejercicio y sobre la falta de publicidad de los criterios de aplicación., que como reiteramos son iguales que los mantenidos en el segundo ejercicio, por lo que no se aprecia vulneración alguna del principio de publicidad y transparencia ni tampoco se constata que el Tribunal Calificador se haya extralimitado respecto a lo permitido en las Bases, antes al contrario ha sido escrupulosamente cumplidor de las mismas.

Por lo que la resolución impugnada, que cita expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor de las bases del procedimiento selectivo como ley rectora del mismo, que una vez firmes y consentidas vinculan tanto a los aspirantes como a la administración- es plenamente conforme a derecho.



B) Por lo que a la falta de motivación se refiere, la sentencia de instancia descarta igualmente que concurra tal circunstancia, remitiéndose expresamente en este particular a los folios 46-54 del expediente administrativo, en los que constan el listado completo de valoraciones anónimas de los ejercicios, con detalle de las respuestas acertadas, erróneas, en blanco, netas y calificación final (listado que pone de manifiesto el nivel de los aspirantes presentados); y la hoja de cálculo, con sus gráficos, en la que se documenta la decisión del Tribunal de establecer la puntuación mínima necesaria para aprobar en 20 preguntas netas acertadas.

Ningún razonamiento se aduce de contrario para poner de manifiesto que la valoración probatoria realizada por la juzgadora de instancia sea ilógica, irracional o arbitraria, por lo que difícilmente podrá prosperar este segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- La sentencia impugnada, tras exponer la posición de las partes, contiene la siguiente fundamentación:

“...Tercero.- Una vez expuestos los términos en los que se suscita la controversia, procede, para enjuiciar los argumentos sobre los que gira el presente contencioso, que antes se deje constancia de que con fecha 14 de diciembre de 2020 se publicó en el BOPMA anuncio relativo a las Bases Generales rectoras de las convocatorias para la provisión de las plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga, incorporadas a la Oferta de Empleo Público del año 2020 (folio 1 a 16 EA), posteriormente se con fecha 21 de enero de 2021, se publicó en el BOPMA Anexo relativo a la convocatoria de 39 plazas de Auxiliar de Administración General, incluidas en las Ofertas de Empleo Público de los años 2018, 2019 y 2020 (folios 17 a 21 EA), las cuales se remiten con carácter general, a lo dispuesto en las Bases Generales publicadas en el BOPMA de 14 de diciembre de 2020, si bien con las particularidades previstas en su punto 3, siendo que la recurrente participó en el proceso selectivo por el turno de discapacitados en la convocaría efectuada por el Ayuntamiento de Málaga para cubrir 39 plazas de Auxiliar Administrativo General, en régimen funcional (incluidas 20 en la OEP del año 2018, 16 en la OEP año 2019 y 3 en la OEP 2020), encuadradas en la Escala de Administración General, Subescala Auxiliar, pertenecientes al Grupo C2 de titulación según Disposición Transitoria tercera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de las cuales 31 corresponden al turno de acceso libre, 7 al turno de discapacitados y 1 al turno de discapacidad intelectual, y quedó excluida al obtener una puntuación inferior a 5 puntos en la 2ª parte del ejercicio de la fase de oposición al haber realizado un total de 13,5 respuestas válidas (15 respuestas correctas, 3 respuestas incorrectas y 7 preguntas en blanco), cuando los fijados por la Comisión de Selección para obtener 5 puntos fueron 20 respuestas válidas y se reseñen dos Bases de la Convocatoria y varias actuaciones del Tribunal Calificador:

Bases Generales rectoras de las convocatorias para la provisión de plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga, incorporadas a la Oferta de Empleo Público del año 2020, publicado en el BOPMA con fecha 14 de diciembre de 2020:

Base 33 . Normas generales: Calificación de los ejercicios

Se establece con carácter general para todos los exámenes de la oposición que: “ Los ejercicios de la oposición serán calificados por cada miembro del Tribunal otorgando una puntuación de 0 a 10 puntos. La calificación de cada prueba será la media aritmética de las puntuaciones otorgadas por los miembros del Tribunal, quedando eliminado el/la opositor/a que no alcance un mínimo de 5 puntos. Los aspirantes deberán conocer con carácter previo



a la realización del ejercicio el valor de cada una de las partes, en el supuesto de que estén integrados por varios temas, cuestiones, preguntas, etc. a contestar o realizar. Asimismo teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a 5 puntos” (folio 8 EA)

-Base 36 1.d). Normas generales: Calificación de los ejercicios

“El tribunal, antes de la realización del ejercicio tipo test, deberá informar a los aspirantes si las respuestas en blanco, las erróneas y/o las respuestas incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) serán penalizadas en la calificación del ejercicio, debiendo cuantificar la incidencia de dichas penalización sobre el número de respuestas correctas o sobre su valor, considerando en el caso de fracciones, la reducción proporcional. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal (.....)” (folio 10 EA).

Anexo relativo a la convocatoria de 39 plazas de Auxiliar de Administración General incluidas en las Ofertas de Empleo Público de los años 2018, 2019 y 2020, publicado en el BOPMA de fecha 21 de enero de 2021:

“-punto 3º Procedimiento de Selección: Oposición

El procedimiento selectivo se ajustará a lo determinado en el capítulo VI de las normas generales de ambas convocatorias, con las siguientes particularidades:

3.1 Aspirantes del turno libre y discapacitados: Oposición

a) Primer ejercicio: de carácter obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes: Consistirá en un ejercicio tipo test de 60 preguntas con 4 respuestas alternativas, de las cuales solo una será la correcta, sobre la totalidad del temario adjunto. El tiempo de duración de este ejercicio será determinado por el tribunal sin que en ningún caso pueda exceder de 70 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener al menos, 5 puntos.

b) Segundo ejercicio: de carácter igualmente obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes: Consistirá en resolver un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionado con la totalidad del temario. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el tribunal, sin que en ningún caso pueda exceder de 90 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo, obtener al menos, 5 puntos.

3.2 Aspirantes del turno de Discapacidad Intelectual: Oposición:

a) Primer Ejercicio: De carácter igualmente obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes: Consistirá en un ejercicio tipo test de 40 preguntas con 3 respuestas alternativas, de las cuales solo una será la correcta, sobre la totalidad del temario adjunto. El tiempo máximo de duración del ejercicio será de 120 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para

superarlo obtener al menos 5 puntos. No se penalizarán las respuestas erróneas. b) Segundo Ejercicio: De carácter igualmente obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes: Consistirá en un ejercicio tipo test de 20 preguntas de carácter práctico con 3 respuestas



alternativas, de las cuales solo una será la correcta, relativas a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionadas con la totalidad del temario. El tiempo máximo de duración de este ejercicio será de 60 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener al menos, 5 puntos. No se penalizarán las respuestas erróneas.”

Convocatoria de 39 plazas de Auxiliar Administración General (OEP 2028,2019 y 2020). Acta nº 16 de 24 de septiembre de 2021 (folios 22 y 23 EA), relativa al seguimiento de las tareas de organización de la segunda prueba de la convocatoria, el ejercicio práctico, a celebrar el día 2 de octubre de 2021 : “La secretaria da lectura de las Bases generales y específicas en la parte que regula el segundo ejercicio de la oposición, y a cuyo tenor literal es el siguiente: “ (.....) Bases específicas.- Procedimiento de Selección: Oposición “3.1.b) Segundo Ejercicio: b) Segundo ejercicio de carácter igualmente obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes: Consistirá en resolver un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionado con la totalidad del temario. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el tribunal, sin que en ningún caso pueda exceder de 90 minutos. Este ejercicio será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo, obtener al menos, 5 puntos.” (folios 22 y 23 EA).

Acta nº 17 de 27 de septiembre de 2021, que versa sobre la continuidad de las tareas de organización del segundo ejercicio y determinación de las normas reguladoras del desarrollo del mismo y en el que: “el Tribunal acuerda la adopción de las siguientes normas aplicables al desarrollo de este ejercicio:

-El ejercicio consistirá en un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionado con la totalidad del temario, sobre el que se formularán 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a, b, c, d) siendo sólo una de ellas la correcta. El ejercicio será elaborado por el tribunal calificador inmediatamente antes de su celebración.

-El tiempo para la realización del ejercicio será de 60 minutos.

- Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracción, la reducción proporcional [.....]

Asimismo el tribunal calificador, acuerda que teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad determinará de acuerdo con lo dispuesto en la Base 36 de las Normas Generales que rigen esta convocatoria, cuál será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio que , en todo caso, deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas validas del cuestionario [.....]” (folios 24 a 26 EA).

Anuncio nº 13 de 29 de octubre de 2021 en el que el Tribunal Calificador adopta los siguientes acuerdos:

“ 1- Desestimar las reclamaciones formuladas sobre las preguntas que se indican a continuación y por los motivos que asimismo se expresan:

-pregunta 4, la única respuesta válida es la b) -pregunta 7, la única respuesta válida es la c) [.....]

2- Elevar a definitiva la plantilla de respuestas correctas hechas públicas el día 4 de octubre de 2021, informando a los/las Señores/as aspirantes que el total de preguntas validas en el ejercicio es de 25 y que el criterio de corrección ha sido el explicado en el punto 2 del



Anuncio n.º 10 y en la nota aclaratoria al mismo, donde se establece que las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando, en caso de fracciones, la reducción proporcional.

3- Fijar, teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, en 20 respuestas correctas netas (obtenidos después de aplicar la incidencia de las respuestas incorrectas) la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, de acuerdo con lo previsto en la Base 36.d) de las Generales que rigen la convocatoria.

4- Declarar APTOS a los/las Sres./as aspirantes que han superado el segundo ejercicio del procedimiento selectivo que se relacionan en el Anexo I adjunto al presente Anuncio, otorgándoles la calificaciones que constan en dicho Anexo.

5- Declarar NO APTOS a los/las Sres./as aspirantes que se relacionan en el Anexo II adjunto al presente Anuncio, por no haber alcanzado la puntuación mínima exigida en este segundo ejercicio y que, por tanto, son eliminados del procedimiento selectivo.

6- Declarar igualmente eliminados del procedimiento selectivo a los/las Sres./as aspirantes que se relacionan en el Anexo III adjunto, al no haber concurrido al llamamiento único efectuado en esta prueba, habiendo sido legalmente convocados para ello.

[.....] “ (folios 72 a 85 EA)

Cuarto.- Primer motivo de impugnación: vulneración de las bases de la convocatoria y del principio de publicidad y transparencia

Se argumenta por la recurrente que la puntuación mínima exigida por el Tribunal Calificador para superar el segundo ejercicio de la convocatoria, fue establecida ex novo lo que supone una vulneración de la base n.º 36 de las generales. El Tribunal calificador no estableció el número mínimo de respuestas válidas necesarias para superar el ejercicio, tal y como preveía la Base sexta, sino que ha establecido lo que se denomina puntuación indirecta mínima, concepto inexistente en las Bases y en absoluto extrapolable de las mismas que corresponde, según el acuerdo publicado, a “Aciertos descontados errores” o lo que es lo mismo, al número de respuestas correctas menos las respuestas contestadas erróneamente, contraviniendo de esta manera lo dispuesto con toda claridad en las Bases. Según la recurrente las Bases sólo faculta al Tribunal Calificador para fijar el número mínimo de respuestas correctas “válidas” necesarias para superar el ejercicio, es decir el número mínimo de respuestas acertadas que tendría que haber respondido un opositor para superar la prueba y no menciona en ningún momento puntuaciones directas ni transformadas, ni le faculta, en ningún caso, para fijar otro criterio distinto, como es la puntuación mínima obtenida del número de respuestas correctas menos respuestas incorrectas que es lo que ha hecho el Tribunal Calificador, extralimitándose respecto de lo permitido por las Bases, sin motivación alguna.

Esta cuestión que plantea la recurrente fue abordada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2016 (recurso 1493/2015) con ocasión del recurso de casación formulado contra la Sentencia de esta Sala y Sección de 10 de diciembre de 2014 (recurso 1081/2011), en concreto en el fundamento jurídico quinto, que, obviamente, se asume, y da respuesta a todos los motivos de impugnación:

“Lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre estas dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas; y (2) la fijación de una nota de corte después de la



corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados.

Esas distintas actuaciones que acaban de describirse son las que se efectuaron en el procedimiento selectivo litigioso, según se hace constar en el informe (antes transcrito) que asumió la resolución de 29 de marzo de 2011, y no pueden ser consideradas contrarias a las normas de la convocatoria ni tampoco expresivas de discriminación o perjuicio para ninguno de los aspirantes.

Son conformes con las normas de la convocatoria porque el valor aplicado a las respuestas erróneas, en su relación con las acertadas, fue el que establecía la base tercera, apartado 2.1.2; y no pueden considerarse discriminatorias ni perjudiciales para los aspirantes examinados porque, según consta en las actuaciones y declara la sentencia recurrida, la determinación de la nota de corte (es decir, la puntuación resultante de la directa contabilización de las respuestas acertadas y erróneas que se eligió como determinante del límite de los 37,50 puntos necesarios para superar las partes del ejercicio de la fase de oposición) fue efectuada con anterioridad a que fuesen identificados los aspirantes examinados.

Ha de recordarse lo que respecto de la significación y finalidad del principio de transparencia declaró la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de enero de 2012 (casación núm. 1073/2009), reiterado en la posterior sentencia de 20 de octubre de 2014 (casación núm. 3093/2013):

«Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

Por último, debe añadirse que lo antes razonado es coherente con la anterior doctrina que acaba de transcribirse por lo siguiente: (a) la relación de valor entre respuestas acertadas y erróneas fue establecida en la convocatoria; (b) la nota de corte, como ya se ha dicho, se realizó de acuerdo con la habilitación prevista en la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes (el recurso de casación no ha combatido de manera idónea la valoración probatoria que refleja la afirmación que sobre este extremo realiza la sentencia recurrida); y c) las puntuaciones transformadas (convertidas en una nueva escala de cifras, como afirma el informe asumido por la resolución de 29 de marzo de 2011) no se ha justificado en el recurso que mantenga una proporción distinta a la que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de respuestas acertadas y erróneas. "

En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de fecha 7 de febrero de 2019, al señalar en su FD Cuarto "El recurso debe ser desestimado en lo demás con base en las siguientes razones:

1a) porque la bondad del criterio fijado por la Comisión de selección del proceso selectivo que analizamos ha sido ya declarada por esta sala en sentencia dictada el día 11 de mayo de 2016 (recurso de casación 1493/2015), que es la aplicada por la Sala Territorial para dar respuesta al recurso ante ella interpuesto.

Efectivamente, analizando la misma problemática que ahora se denuncia y, además, en relación con el mismo proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo Superior de Administradores, especialidad Administradores Generales de la Junta de Andalucía (A1.1100), publicada en el BOJA núm. 122 de 25 de junio de 2009, en el fundamento de derecho quinto decíamos lo siguiente:

"QUINTO.- El reproche planteado en relación con la "modificación de los criterios de calificación, valoración de las preguntas y nota de corte" no puede ser compartido por lo que seguidamente se razona. Lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre estas dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los



aspirantes antes de la realización de las pruebas; y (2) la fijación de una nota de corte después de la corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados.

Esas distintas actuaciones que acaban de describirse son las que se efectuaron en el procedimiento selectivo litigioso, según se hace constar en el informe (antes transcrito) que asumió la resolución de 29 de marzo de 2011, y no pueden ser consideradas contrarias a las normas de la convocatoria ni tampoco expresivas de discriminación o perjuicio para ninguno de los aspirantes.

Son conformes con las normas de la convocatoria porque el valor aplicado a las respuestas erróneas, en su relación con las acertadas, fue el que establecía la base tercera, apartado 2.1.2; y no pueden considerarse discriminatorias ni perjudiciales para los aspirantes examinados porque, según consta en las actuaciones y declara la sentencia recurrida, la determinación de la nota de corte (es decir, la puntuación resultante de la directa contabilización de las respuestas acertadas y erróneas que se eligió como determinante del límite de los 37,50 puntos necesarios para superar las partes del ejercicio de la fase de oposición) fue efectuada con anterioridad a que fuesen identificados los aspirantes examinados.

Ha de recordarse lo que respecto de la significación y finalidad del principio de transparencia declaró la sentencia de esta Sala y Sección de 18 de enero de 2012 (casación núm. 1073/2009), reiterado en la posterior sentencia de 20 de octubre de 2014 (casación núm. 3093/2013):

"Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas".

Por último, debe añadirse que lo antes razonado es coherente con la anterior doctrina que acaba de transcribirse por lo siguiente: (a) la relación de valor entre respuestas acertadas y erróneas fue establecida en la convocatoria; (b) la nota de corte, como ya se ha dicho, se realizó de acuerdo con la habilitación prevista en la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes (el recurso de casación no ha combatido de manera idónea la valoración probatoria que refleja la afirmación que sobre este extremo realiza la sentencia recurrida); y c) las puntuaciones transformadas (convertidas en una nueva escala de cifras, como afirma el informe asumido por la resolución de 29 de marzo de 2011) no se ha justificado en el recurso que mantenga una proporción distinta a la que presentaban los resultados que los aspirantes obtuvieron en la contabilización directa de respuestas acertadas y erróneas."

2a) y, en lo relativo a la posibilidad de fijar diferente nota de corte para el turno de discapacitados, porque es correcta la aplicación que la sentencia de instancia hace de nuestra sentencia de 18 de marzo de 2016. Prueba de ello es que esta Sala y sección, en sentencias de 19 y 20 de diciembre de 2017 (recurso de interés casacional objetivo 393 y 480/2017) ha fijado como doctrina "Que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que prevén diversos turnos independientes para la provisión de plazas con idéntico cometido, la regla general será la igualdad en cuanto al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución si obedece a razones objetivas y atendibles en función de las circunstancias que concurran en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los distintos turnos.". Para ello, decíamos:

"QUINTO.- Pues bien, sobre si la regla que limita el número máximo de opositores que puedan pasar a la fase de concurso, la denominada "regla limitativa", debe ser la misma, o puede ser diferente, a cada uno de los turnos de acceso en un mismo concurso oposición, que es la cuestión identificada por esta Sala como de interés casacional (Auto de 25 de abril de 2017), debemos señalar que en nuestra



jurisprudencia no existe contradicción alguna al respecto, toda vez que en nuestra Sentencia de 2 de enero de 2014 declaramos "La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, ha de coincidir con el recurso en que esa diferencia de trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución

Abundando en lo anterior, ha de decirse que si, en el turno de promoción interna, se dispone que con una determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional a cuya constatación está dirigida dicha parte del proceso selectivo, y ello es bastante para pasar a la fase de valoración de méritos, no se alcanza a ver qué razón puede justificar que se proceda de manera distinta en el turno libre"

Y en la Sentencia de 18 de marzo de 2016, al tener en cuenta la Sentencia de 2014, declaramos que "Es decir, esta Sala no se decantó tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados, promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103".

De modo que, desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró, en ambas sentencias, es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente. Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación. Sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo.

No existe contradicción, por tanto, en nuestra jurisprudencia, desde el punto de vista de los criterios de aplicación, entre las dos sentencias citadas de 2014 y de 2016, sin perjuicio de las disfunciones que hayan podido derivarse en el plano de su ejecución, aparecidas al tratarse de un mismo concurso oposición y de los efectos limitados de la primera sentencia.

En definitiva, la sentencia impugnada se debió centrar en aplicar dicha doctrina, derivada de las dos sentencias de tanta cita, sobre la igualdad en el acceso a la función pública, ex artículo 23.2 de la CE, que comporta que dichas reglas limitativas no son exigibles en ningún turno o lo serán en todos, siempre que la Administración no haya proporcionado oportunamente, es decir, al momento de establecer dicha limitación y no en un proceso judicial posterior, esa justificación suficiente. De modo que el examen sobre el acierto de la diferencia de trato entre los turnos de acceso que hace la sentencia, basado en lo alegado en el proceso, resulta contrario a nuestra jurisprudencia."

Añadiendo en su FD Quinto

" QUINTO .- Finalmente y en lo que afecta a la posible contradicción entre el criterio seguido por la Sala y la sentencia que se cita del Tribunal Constitucional, decir que no es cierta tal afirmación puesto que:

1o) lo que resolvíamos en nuestras sentencias, y reiteramos ahora, es que no cabe establecer diferencias de trato entre los diferentes turnos de participación en los procesos selectivo -libre, de promoción interna y de discapacitados-, salvo justificación objetiva y razonable. Por ello, en todos los casos afirmamos que la nota de corte no puede ser aplicada a uno de los turnos y no a otros del mismo proceso selectivo, de manera que se aplica a todos o no se aplica.

2o) lo que resuelve la sentencia del Tribunal Constitucional alegada, dictada el día 3 de octubre de 1994 -recurso de amparo 3170/1993- es algo diferente pues viene referida a un supuesto en que quién había obtenido plaza por el turno libre se vio privada de ella por la preferencia otorgada a quién obtuvo menor puntuación como participante por el turno de discapacidad. Se cuestionaba, en definitiva, la preferencia dada a quien participó por el turno de discapacidad alegando, de una parte, que el criterio seguido había introducido una diferencia de trato discriminatoria, por favorecerse a unos aspirantes frente a otros por razón de una condición personal concurrente en unos y no en otros; y, de otra, y aun suponiendo que el



critério elegido no fuera discriminatorio, se vulnerarían los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública de los resultados obtenidos.

Desde esta óptica debe rechazarse el planteamiento de la cuestión prejudicial, que se apoyaba exclusivamente en esa contradicción inexistente....”

Aplicando los criterios jurisprudenciales anteriormente expuestos al caso de autos, nos lleva a desestimar el primer motivo de impugnación alegado por la recurrente, toda vez que el Tribunal Calificador procedió a establecer la puntuación mínima exigida para superar el segundo ejercicio de la oposición de conformidad con lo establecido en las Bases Generales 33 y 36.1 d) de la Convocatoria para la provisión de plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario del Ayuntamiento de Málaga, incorporadas a la Oferta de Empleo Público del año 2020, publicado en el BOPMA con fecha 14 de diciembre de 2020 y punto 3 del Anexo relativo a la convocatoria de 39 plazas de Auxiliar de Administración General incluidas en las Ofertas de Empleo Público de los años 2018, 2019 y 2020, publicado en el BOPMA de fecha 21 de enero de 2021, siendo la Base General 36.1d) bastante clara al respecto “El tribunal, antes de la realización del ejercicio tipo test, deberá informar a los aspirantes si las respuestas en blanco, las erróneas y/o las respuestas incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) serán penalizadas en la calificación del ejercicio, debiendo cuantificar la incidencia de dichas penalización sobre el número de respuestas correctas o sobre su valor, considerando en el caso de fracciones, la reducción proporcional. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal (.....) ”.

Siendo así, que como señala la Jurisprudencia del TS citada, lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas, como sucede en el caso de autos que se puso manifiesto en la Base General 36 1 d) de la Convocatoria y (2) la fijación de una nota de corte después de la corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados, tal y como acontecido en el caso de autos, en que el Tribunal Calificador fijó, teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, en 20 respuestas correctas netas (obtenidas después de aplicar la incidencia de las respuestas incorrectas) la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el segundo ejercicio de la oposición, de acuerdo con lo previsto en la Base 36.d) de las Generales que rigen la convocatoria., por lo que en este sentido ningún reproche cabe realizar a la actuación administrativa, siendo por otra parte que tales criterios de aplicación fueron debidamente dados a conocer por el Tribunal Calificador en diferentes momentos, por lo que carece de base la alegación realizada por la recurrente de que se ha vulnerado el principio de publicidad y transparencia.

Así consta en el expediente la publicación de las Bases Generales de la Convocatoria y la



Base General 36.1d) ya expuesta, en que se establece que “si las respuestas en blanco, las erróneas y/o las respuestas incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) serán penalizadas en la calificación del ejercicio, debiendo cuantificar la incidencia de dichas penalización sobre el número de respuestas correctas o sobre su valor, considerando en el caso de fracciones, la reducción proporcional. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal”, posteriormente se publicó en BOPM en fecha 21 de enero de 2021, Anexo relativo a la convocatoria de 39 plazas de Auxiliar de Administración General incluida en las OEP 2018, 2019 y 2020, que se remiten con carácter general, a lo dispuesto en las Bases Generales citada, y en su punto 3.1 establece que la oposición consistirá en dos ejercicios y que cada uno de ellos será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superar cada ejercicio, obtener al menos, 5 puntos.

Acta n.º 17 del Tribunal Calificador de 27 de septiembre de 2021, relativa a la continuidad de las tareas de organización del segundo ejercicio y determinación de las normas reguladoras del desarrollo del mismo y en el que: “el Tribunal acuerda la adopción de las siguientes normas aplicables al desarrollo de este ejercicio:

-El ejercicio consistirá en un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionado con la totalidad del temario, sobre el que se formularán 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a, b, c, d) siendo sólo una de ellas la correcta. El ejercicio será elaborado por el tribunal calificador inmediatamente antes de su celebración.

-El tiempo para la realización del ejercicio será de 60 minutos.

- Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracción, la reducción proporcional [.....]

Asimismo el tribunal calificador, acuerda que teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad determinará de acuerdo con lo dispuesto en la Base 36 de las Normas Generales que rigen esta convocatoria, cuál será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio que, en todo caso, deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario [.....]” (folios 24 a 26 EA).

Anuncio n.º 10, de 29 de septiembre de 2021, por virtud del cual se pone en conocimiento de los aspirantes el lugar y la hora de celebración del ejercicio práctico (segundo ejercicio de la oposición), la distribución de los mismos por aulas, dentro de la Facultad de medicina y asimismo en el punto 2 realiza la siguiente descripción del ejercicio a realizar “ El ejercicio consistirá en un supuesto práctico relativo a las funciones propias de la plaza a cubrir y relacionados con la totalidad del temario, sobre el que se formularan 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a,b,c,d) siendo sólo una de ellas la correcta. El ejercicio será elaborado por el Tribunal Calificador inmediatamente antes de su celebración. El tiempo para la realización del ejercicio será de 60 minutos. Las preguntas no contestadas



(dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas....” (folios 27 a 29 EA).

El 29 de septiembre de 2021 se publica nota aclaratoria el Anuncio n.o 10 en el que se aclara el tercer guion del apartado 2 del Anuncio n.o 10 en cuanto a la descripción del ejercicio “Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas” que se sustituye por lo siguiente “Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracciones, la reducción proporcional” (folio 30 EA).

Anuncio n° 19 de fecha 2 de octubre de 2021, en la que consta que el Tribunal Calificador se reúne con objeto de confeccionar el segundo ejercicio el mismo día de la celebración de éste, con la antelación necesaria (se anexan enunciado y preguntas) y se recogen las circunstancias de celebración del mismo (llamamiento de aspirantes, celebración, recogida de exámenes, transporte etc) acordándose que se haga pública la plantilla del examen el día 4 de octubre. Se determina como tiempo de realización del ejercicio 60 minutos y se acuerda también los siguientes criterios “Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total en la proporción del valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas”. Se consigna igualmente en dicha Acta que finalizado el llamamiento de los aspirantes sin incidencias, se procede por cada responsable de aula a leer las normas que rigen la realización del ejercicio, indicando el inicio del ejercicio que tiene lugar a las 12:30 horas, finalizando el mismo a las 13:30 horas..... (folios 35 a 43 EA).

Por lo que es evidente que la recurrente conocía o debía conocer las reglas del segundo ejercicio de la oposición: 60 minutos de duración, que serían 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a,b,c,d) siendo sólo una de ellas la correcta, que preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracciones, la reducción proporcional y que para aprobar el ejercicio debería obtenerse 5 puntos, siendo que el aprobado no tenía que coincidir necesariamente con un 5, o con la mitad de las preguntas válidas del cuestionario, puesto que ya la base general 36 define que debe entenderse por puntuación “Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal (.....) ”

Es más las mismas reglas regían en el primer ejercicio de la oposición el cual fue superado



por la recurrente, sin que por la misma se alegase nada sobre la incorrección del Tribunal Calificador a la hora de establecer la puntuación exigida para superar el ejercicio y sobre la falta de publicidad de los criterios de aplicación., que como reiteramos son iguales que los mantenidos en el segundo ejercicio, por lo que no se aprecia vulneración alguna del principio de publicidad y transparencia ni tampoco se constata que el Tribunal Calificador se haya extralimitado respecto a lo permitido en las Bases, antes al contrario ha sido escrupulosamente cumplidor de las mismas.

Por lo que la resolución impugnada, que cita expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor de las bases del procedimiento selectivo como ley rectora del mismo, que una vez firmes y consentidas vinculan tanto a los aspirantes como a la administración es plenamente conforme a derecho.

Quinto.- Ausencia de Motivación de la Modificación de la puntuación. Ausencia y falta de determinación de criterios de puntuación

Se alega por la recurrente que ha quedado absolutamente al arbitrio del tribunal la valoración y calificación que se otorga al ejercicio, sin que pueda por otra parte acogerse el recurrente a criterios preestablecidos o al menos conocidos que le permitan ejercer su derecho a impugnar y reclamar frente a las mismas, llegando a desconocer cuales han sido los criterios cognitivos aplicados al grupo de turno libre y de discapacitados, entendiéndose inclusive la posibilidad de una aplicación, entendiéndose ajustado a Derecho que sobre cada grupo se debe establecer un criterio de graduación cognitivo a fin determinar el mismo en atención a las plazas vacantes y aspirantes presentes. Asimismo argumenta que no se puede estar a la puntuación obtenida ya que ello podría conducir al absurdo de que superara el corte establecido quien hubiera obtenido una menor puntuación de no descontarse las respuestas incorrectas y que en las Bases no se establece el valor individualizado de cada pregunta, aunque aparezca que esa sea la lógica matemática, pues dicha lógica desaparece cuando la línea de corte no se establece en el 50% de la puntuación, pues según sea mayor o menor el número de respuestas exigidas, de igual forma de modo proporcional serán minusvaloradas o sobrevaloradas el resto. Tanto las preguntas como sus apartados debieron ser valorados de forma proporcional, siendo injustificada que a posteriori se estableciesen valoraciones diferentes entre idénticas preguntas, siendo que cualquier modificación extraordinaria o sobrevaloración debe estar perfectamente detallada con anterioridad a fin de generar igualdad y seguridad entre los propios aspirantes.

Cabe indicar en primer lugar que no serán objeto de estudio por constituir simples insinuaciones o alegaciones sin ulterior fundamento o prueba de la premisa de la que parten, de que las preguntas tenían distinta valoración y que a posteriori se estableciesen valoraciones diferentes entre idénticas preguntas. Todas las preguntas acertadas tenían el mismo valor individualizado, cuestión distinta es la determinación de la puntuación mínima exigida para superar el ejercicio, pero ello en ningún caso implica como afirma la recurrente (sin fundamento alguno) que se dé un valor distinto a las preguntas.

Por lo que se refiere a la puntuación mínima (nota de corte), reiterando lo ya expuesto en el fundamento de derecho precedente, la misma se llevó a cabo por el Tribunal calificador, en la reunión mantenida el día 27 de octubre de 2021 (Acta n.º 23, folios 46 a 54 EA), tras la corrección mecánica de los cuerpos de las hojas de respuestas, sin identificación por tanto, mediante lector óptico de marcas, por lo que atendiendo a lo dispuesto en la Base General 36 d) y a las puntuaciones obtenidas tras la corrección, las cuales fijan el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados, el Tribunal calificador decidió "establecer la puntuación mínima de 5 puntos para aprobar este segundo ejercicio en el número de 20



preguntas netas acertadas”, a dicha Acta se acompaña como Anexos: hoja de cálculo de las puntuaciones (folio 48 EA) en el que se indica que de un total de 258 aspirantes, aprueban 49 y suspenden 209, y que “El Tribunal adopta el acuerdo de la nota de aprobado de la prueba, antes de conocer la identidad de los aspirantes, el día 27 de octubre de 2021, a las 09:45 horas” y listado completo de valoraciones anónimas de los ejercicios donde se detallan números de respuestas acertadas, falladas, en blanco, netas y la calificación final de cada una de las hojas de respuestas (folios 49 a 54 EA).

La puntuación mínima (nota de corte) fijada por el Tribunal calificador para el segundo ejercicio de la oposición es conforme con las normas de la convocatoria (Base General 36 1 d)) porque el valor aplicado a las respuestas erróneas, en su relación con las acertadas, fue el que establecía la base general 36,1d) y se reiteró en el Acta n.º 17 de 27 de septiembre de 2021, publicándose en el Anuncio 10 y nota aclaratoria del Anuncio n.º 10 ambos de fecha 29 de octubre de 2021 y no pueden considerarse discriminatorias ni perjudiciales para los aspirantes examinados porque, según consta en las actuaciones y señala la resolución recurrida, la determinación de la nota de corte (es decir, la puntuación resultante de la directa contabilización de las respuestas acertadas y erróneas que se eligió como determinante del límite de las 20 respuestas correctas netas para fijar la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos necesarios para superar las partes del ejercicio de la fase de oposición) y fue efectuada con anterioridad a que fuesen identificados los aspirantes examinados, tal y como consta en el acta n.º 23 de 27 de octubre de 2021 (folios 46 a 54 EA), encontrándose además amparada por el principio de la discrecionalidad técnica que asiste al Tribunal calificador, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, sentencia 16 de abril de 2014, 12 de diciembre de 2012, 29 de abril de 2011 y 8 de marzo de 2006 entre otras.

En cuanto a los criterios cognitivos aplicados por el Tribunal Calificador para fijar la nota de corte en la distintas fases de la oposición, tanto de los aspirantes de turno libre como de discapacitados físicos (al que concurrió la recurrente), son los mismos, por lo que se ha respetado el principio de igualdad, con estricto cumplimiento de lo establecido en la Base General 7 “...las personas que [...] opten por el turno de reserva de discapacitados deberán superar las mismas pruebas selectivas que las fijadas para los/as aspirantes del turno de acceso libre, sin perjuicio de las adaptaciones anteriores señaladas (de tiempo y medios) cumpliéndose así los principios constitucionales de mérito y capacidad” (folio 25 EA), asimismo consta en el Acta n.º 17 de fecha 27 de septiembre de 2021 que el tribunal calificador acordó otorgar un tiempo adicional de 15 minutos a los aspirantes que concurrían por el turno de discapacitados no intelectuales, que contaron por lo tanto con 75 minutos, frente a los 60 minutos, del resto de aspirantes.

Es importante indicar que lo que las Bases no han establecido es que exista una nota de corte diferenciada para uno y otro cupo en la fase de oposición, ni la obligación del Tribunal Calificador de establecerla.

Sobre esta controversia consideramos de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 (Recurso 419/2015), pues mantiene la tesis opuesta a la del recurrente, dando respuesta a su argumentación de impugnación. Dice así en su fundamento jurídico tercero:

“Así las cosas no podemos por menos que reiterar ahora el criterio que ya expusimos en la sentencia de 2 de enero de 2014 afirmando de nuevo que el postulado constitucional de igualdad que se deriva del artículo 23 de la Constitución impone que todos los turnos deberían haber operado con los mismos criterios de calificación o valoración de las dos fases del proceso selectivo en lo que tienen en común, y que así habrá de ser mientras no aduzca y justifique la Administración razones de las que pueda resultar



conveniente otra solución.

Decíamos entonces y reiteramos ahora que "Es fundada la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución que denuncia el primer motivo de casación, al ser de compartir, por todo lo que seguidamente se explica, los argumentos que han sido desarrollados en el recurso para defender dicha denuncia.

La primera premisa del análisis de ese motivo debe ser lo que el artículo 31 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003) establece sobre el concurso- oposición como sistema de selección, y lo que se constata en la regulación contenida en este precepto es lo que continúa.

El sistema de concurso-oposición es el establecido con carácter general; y está necesariamente compuesto de dos mecanismos o fases selectivas, que son: (I) la oposición, consistente en realizar dentro del proceso selectivo pruebas cuyo objeto principal es evaluar, a través de las mismas la competencia, aptitud e idoneidad de los aspirantes para las funciones objeto de convocatoria; y (II) el concurso, que se materializa en la valoración de los currículos de los aspirantes a los efectos de evaluar lo que de ellos resulte sobre la competencia, aptitud e idoneidad de dichos aspirantes".

La segunda premisa es que la reserva de plazas para discapacitados es un derecho implica, en el que también rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículo 34. del Estatuto Marco); y esto lo que significa es la necesidad de establecer una reserva de plazas para este turno de acceso, pero con la inexcusable observancia, una vez salvada esta concreta diferencia que configura tal modalidad de acceso, de los requerimientos que demanda el debido respeto al derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

Y la tercera premisa es que, dispuesto el sistema de concurso-oposición, ese postulado constitucional de la igualdad impone que en ambos turnos habrán de operar con la misma autonomía y con los mismos criterios de calificación o valoración esas dos fases en lo que tengan de común, y que así habrá de ser mientras no aduzca y justifique la Administración razones de las que pueda resultar conveniente otra solución."

La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes a la fase de concurso, ha de coincidirse con el recurso en que esa diferencia de trato resultaba contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución".

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 7 de febrero de 2019

"2a) y, en lo relativo a la posibilidad de fijar diferente nota de corte para el turno de discapacitados, porque es correcta la aplicación que la sentencia de instancia hace de nuestra sentencia de 18 de marzo de 2016. Prueba de ello es que esta Sala y sección, en sentencias de 19 y 20 de diciembre de 2017 (recurso de interés casacional objetivo 393 y 480/2017) ha fijado como doctrina "Que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que prevén diversos turnos independientes para la provisión de plazas con idéntico cometido, la regla general será la igualdad en cuanto al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución si obedece a razones objetivas y atendibles en función de las circunstancias que concurran en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los distintos turnos.". Para ello, decíamos: "QUINTO.- Pues bien, sobre si la regla que limita el número máximo de opositores que puedan pasar a la fase de concurso, la denominada "regla limitativa", debe ser la misma, o puede ser diferente, a cada uno de los turnos de acceso en un mismo concurso oposición, que es la cuestión identificada por esta Sala como de interés casacional (Auto de 25 de abril de 2017), debemos señalar que en nuestra jurisprudencia no existe contradicción alguna al respecto, toda vez que en nuestra Sentencia de 2 de enero de 2014 declaramos "La conclusión final que deriva de las premisas anteriores es que, no ofrecida por la Administración una justificación convincente sobre el diferente régimen que la convocatoria litigiosa establece para el acceso de los aspirantes del turno libre a la fase de concurso, ha de coincidirse con el recurso en que esa diferencia de trato es contraria al mandato del artículo 23.2 de la Constitución .

Abundando en lo anterior, ha de decirse que si, en el turno de promoción interna, se dispone que con una determinada puntuación mínima en la fase de oposición se considera demostrada la aptitud profesional a



cuya constatación está dirigida dicha parte del proceso selectivo, y ello es bastante para pasar a la fase de valoración de méritos, no se alcanza a ver qué razón puede justificar que se proceda de manera distinta en el turno libre"

Y en la Sentencia de 18 de marzo de 2016, al tener en cuenta la Sentencia de 2014, declaramos que "Es decir, esta Sala no se decantó tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados, promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103".

De modo que, desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró, en ambas sentencias, es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente. Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación. Sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo.

No existe contradicción, por tanto, en nuestra jurisprudencia, desde el punto de vista de los criterios de aplicación, entre las dos sentencias citadas de 2014 y de 2016, sin perjuicio de las disfunciones que hayan podido derivarse en el plano de su ejecución, aparecidas al tratarse de un mismo concurso oposición y de los efectos limitados de la primera sentencia.

En definitiva, la sentencia impugnada se debió centrar en aplicar dicha doctrina, derivada de las dos sentencias de tanta cita, sobre la igualdad en el acceso a la función pública, ex artículo 23.2 de la CE, que comporta que dichas reglas limitativas no son exigibles en ningún turno o lo serán en todos, siempre que la Administración no haya proporcionado oportunamente, es decir, al momento de establecer dicha limitación y no en un proceso judicial posterior, esa justificación suficiente. De modo que el examen sobre el acierto de la diferencia de trato entre los turnos de acceso que hace la sentencia, basado en lo alegado en el proceso, resulta contrario a nuestra jurisprudencia."

En el caso de autos consta en el expediente administrativo y en la resolución impugnada que la recurrente, [REDACTED] alcanzó la puntuación mínima de 5 puntos exigida para superar el primer ejercicio de la convocatoria, tal y como dispone la base 33 de las Generales que la rigen, puntuación mínima que el Tribunal calificador fijo en 27,5 respuestas válidas (una vez deducida la penalización de una respuesta correcta por cada dos respuestas erróneas o incorrectamente cumplimentadas) toda vez que la recurrente cuenta con 35 respuestas correctas, 9 respuestas incorrectas y 11 preguntas dejadas en blanco, resultando un total de 30,5 respuestas válidas y por tanto suficiente para superar el primer ejercicio. Sin embargo la recurrente no alcanzó dicha puntuación mínima de 5 puntos, exigida para superar en el segundo ejercicio de la convocatoria, puntuación mínima que el Tribunal calificador fijo en 20 respuestas válidas (una vez deducida la penalización de una respuesta correcta por cada dos respuestas erróneas o incorrectamente cumplimentadas), ya que la recurrente cuenta con 15 respuestas correctas, 3 respuestas incorrectas y 7 preguntas dejadas en blanco, obteniendo un total de 13,5 respuestas válidas y por tanto insuficiente para superar el ejercicio, siendo calificada de NO APTA, actuando por tanto el Tribunal calificador conforme a su discrecional criterio técnico y aplicando la normativa reguladora de la convocatoria, sin que en su actuación se aprecie arbitrariedad ni trato discriminatorio, tal y como se hace constar en la resolución impugnada, la cual procede confirmar por ser la misma conforme a Derecho.

Procediendo en consecuencia la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.º....".



QUINTO.- Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014, REC 3504/2012, que en su FD 3º, dice:

”Como señala para un caso semejante la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 22 de noviembre 7 de diciembre de 2010 (casación 5951/2006), que cita otros pronunciamientos anteriores,

<< [el] método seguido por la representación del recurrente sería reprobable incluso si se tratase aquí de un recurso de apelación, pues aunque en este pueden ser replanteados y revisados todos los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, su articulación no puede consistir en una mera reiteración de la demanda. Pero la técnica empleada resulta de todo punto inaceptable tratándose, como aquí sucede, de un recurso de casación, pues éste no constituye una segunda instancia sino un juicio a la sentencia; esto es, una vía singular de impugnación tendente a constatar si es o no ajustada a derecho la interpretación y aplicación de las normas realizada por el Tribunal de instancia. Y mal puede este Tribunal Supremo realizar esa labor si el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, sino que, sin mencionarlas siquiera, se limita a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la demanda >>...”

O como señala la STS 20/2021, de 18 de enero de 2021, Recurso: 1832/2019, al FD 8º “.....Como establece el artículo 456 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia, de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que este Tribunal de segunda instancia limite el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

Efectivamente, el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones ---por todas SSTS 15 de junio y 22 de noviembre de 1997, así como 23 de julio de 1998--- cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso de los Tribunal Superiores de Justicia, puso de manifiesto que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable, en el marco de las pretensiones articuladas en el recurso de apelación. En dicha línea la STS del 15 de julio de 2009 señaló “(...) reiteramos la Jurisprudencia consolidada de esta Sala acerca de la naturaleza de la apelación que viene declarando que este recurso tiene por objeto depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que el contenido del escrito de alegaciones de la parte apelante ha de consistir precisamente en una crítica de la sentencia impugnada, que



sirva de fundamento a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en la primera instancia por otro distinto, siendo, por tanto, el recurso de apelación un remedio procesal que se concede a las partes para combatir aquellos fallos que se consideran contrarios a sus intereses, actuándose, a su través, una pretensión revocatoria que, como toda pretensión procesal, requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada", pues, según insiste la STS, "si bien el recurso de apelación traslada al Tribunal ad quem el total conocimiento del litigio, no está concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia ante un Tribunal de distinta jerarquía, sino como una revisión de la sentencia apelada tendente a depurar la resolución recaída en aquél, y, de ahí, la necesidad de motivar la pretensión de que la sentencia apelada sea sustituida por otra diferente, pues, aunque ante el Tribunal ad quem siga combatiéndose el mismo acto que se impugnaba ante el Tribunal a quo, lo que se recurre en apelación son, ciertamente, los pronunciamientos de éste último, y, por ello, y en consecuencia, el ignorar tales pronunciamientos y eludir todo análisis crítico en torno a los mismos debería conducir a la desestimación del recurso de apelación".

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994, afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

Estas consideraciones no son tenidas en cuenta por la parte apelante, que reitera la argumentación de instancia sobre que el Tribunal calificador no respetó las bases de la convocatoria y falta de motivación, cuestiones solventadas en la sentencia apelada en los FFDDº 4º y 5º respectivamente, tras amplio examen de las bases y actas del Tribunal calificador en el FD 3º.

SEXTO.- Así, respecto al primer motivo, la sentencia apelada se basa correctamente en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, contenida en sentencias de 11 de mayo de 2016 (recurso 1493/2015) y de 7 de febrero de 2019 (recurso 127/2017), y ateniéndose parte que lo primero que procede señalar es la necesaria diferenciación que ha de hacerse entre dos actuaciones: (1) la asignación de valor a las respuestas acertadas y erróneas (esto es, la penalización que se aplica a estas últimas en relación con las primeras), que efectivamente ha de darse a conocer a los aspirantes antes de la realización de las pruebas, como sucede en el caso de autos que se puso manifiesto en la Base General 36 1 d) de la Convocatoria y (2) la fijación de una nota de corte después de la corrección de esas pruebas [con la transformación o conversión de las puntuaciones directamente resultantes de la contabilización de respuestas acertadas y erróneas a una nueva escala de cifras en las que las nuevas puntuaciones, pese a ser distintas, mantengan entre sí la misma proporción], que lo que exige, para evitar favoritismos contrarios al principio de igualdad, es que sea efectuado antes de ser conocida la identidad de los aspirantes examinados, tal y como acontecido en el caso de autos, en que el Tribunal Calificador fijó, teniendo en cuenta el nivel de conocimiento de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, en 20 respuestas correctas netas (obtenidas después de aplicar la incidencia de las respuestas incorrectas) la



puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el segundo ejercicio de la oposición, de acuerdo con lo previsto en la Base 36.d) de las Generales que rigen la convocatoria., por lo que en este sentido ningún reproche cabe realizar a la actuación administrativa, siendo por otra parte que tales criterios de aplicación fueron debidamente dados a conocer por el Tribunal Calificador en diferentes momentos, por lo que carece de base la alegación realizada por la recurrente de que se ha vulnerado el principio de publicidad y transparencia.

Señalando que así consta en el expediente la publicación de las Bases Generales de la Convocatoria y la Base General 36.l)d) ya expuesta, en que se establece que “si las respuestas en blanco, las erróneas y/o las respuestas incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) serán penalizadas en la calificación del ejercicio, debiendo cuantificar la incidencia de dichas penalización sobre el número de respuestas correctas o sobre su valor, considerando en el caso de fracciones, la reducción proporcional. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal”, posteriormente se publicó en BOPM en fecha 21 de enero de 2021, Anexo relativo a la convocatoria de 39 plazas de Auxiliar de Administración General incluida en las OEP 2018, 2019 y 2020, que se remiten con carácter general, a lo dispuesto en las Bases Generales citada, y en su punto 3.1 establece que la oposición consistirá en dos ejercicios y que cada uno de ellos será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superar cada ejercicio, obtener al menos, 5 puntos.

Y examinando las Actas no 17 del Tribunal Calificador de 27 de septiembre de 2021, relativa a la continuidad de las tareas de organización del segundo ejercicio y determinación de las normas reguladoras del desarrollo del mismo, el anuncio nº 10, de 29 de septiembre de 2021, por virtud del cual se pone en conocimiento de los aspirantes el lugar y la hora de celebración del ejercicio práctico (segundo ejercicio de la oposición), la distribución de los mismos por aulas, dentro de la Facultad de medicina y descripción del ejercicio a realizar. La publicación el 29 de septiembre de 2021 se publica nota aclaratoria el Anuncio nº 10 en el que se aclara el tercer guion del apartado 2 del Anuncio nº 10 en cuanto a la descripción del ejercicio *“Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas”* que se sustituye por lo siguiente *“Las preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracciones, la reducción proporcional”*. El anuncio nº 19 de fecha 2 de octubre de 2021, en la que consta que el Tribunal Calificador se reúne con objeto de confeccionar el segundo ejercicio el mismo día de la celebración de éste, con la antelación necesaria (se anexan enunciado y preguntas) y se recogen las circunstancias de celebración del mismo (llamamiento de aspirantes, celebración, recogida de exámenes, transporte etc) acordándose



que se haga pública la plantilla del examen el día 4 de octubre.

Concluyendo, correctamente que: *Por lo que es evidente que la recurrente conocía o debía conocer las reglas del segundo ejercicio de la oposición: 60 minutos de duración, que serían 25 preguntas tipo test con cuatro respuestas alternativas (a,b,c,d) siendo sólo una de ellas la correcta, que preguntas no contestadas (dejadas en blanco) no tendrán incidencia alguna en la puntuación del ejercicio y las respuestas erróneas y/o incorrectamente cumplimentadas (respuestas múltiples, tachaduras, etc) restarán a la puntuación total el valor de 1 respuesta correcta por cada 2 respuestas incorrectas, considerando en caso de fracciones, la reducción proporcional y que para aprobar el ejercicio debería obtenerse 5 puntos, siendo que el aprobado no tenía que coincidir necesariamente con un 5, o con la mitad de las preguntas válidas del cuestionario, puesto que ya la base general 36 define que debe entenderse por puntuación "Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de preguntas válidas del cuestionario. La puntuación obtenida por cada aspirante se corresponderá con el número de respuestas netas acertadas, esto es, una vez hecha la deducción de las no acertadas, de las dejadas en blanco y/o de las incorrectamente cumplimentadas, según los criterios de penalización indicados por el Tribunal (.....) "*

Es más las mismas reglas regían en el primer ejercicio de la oposición el cual fue superado por la recurrente, sin que por la misma se alegase nada sobre la incorrección del Tribunal Calificador a la hora de establecer la puntuación exigida para superar el ejercicio y sobre la falta de publicidad de los criterios de aplicación., que como reiteramos son iguales que los mantenidos en el segundo ejercicio, por lo que no se aprecia vulneración alguna del principio de publicidad y transparencia ni tampoco se constata que el Tribunal Calificador se haya extralimitado respecto a lo permitido en las Bases, antes al contrario ha sido escrupulosamente cumplidor de las mismas.

SEPTIMO.- Sobre la alegada ausencia de motivación expresa la sentencia apelada los datos por los que correctamente concluye que el Tribunal Calificador si motivó:

En el caso de autos consta en el expediente administrativo y en la resolución impugnada que la recurrente, [REDACTED] alcanzó la puntuación mínima de 5 puntos exigida para superar el primer ejercicio de la convocatoria, tal y como dispone la base 33 de las Generales que la rigen, puntuación mínima que el Tribunal calificador fijo en 27,5 respuestas validas (una vez deducida la penalización de una respuesta correcta por cada dos respuestas erróneas o incorrectamente cumplimentadas) toda vez que la recurrente cuenta con 35 respuestas correctas, 9 respuestas incorrectas y 11 preguntas dejadas en blanco, resultando un total de 30,5 respuestas válidas y por tanto suficiente para superar el primer ejercicio. Sin embargo la recurrente no alcanzó dicha puntuación mínima de 5 puntos, exigida para superar en el segundo ejercicio de la convocatoria, puntuación mínima que el Tribunal calificador fijo en 20 respuestas válidas (una vez deducida la penalización de una respuesta correcta por cada dos respuestas erróneas o incorrectamente cumplimentadas), ya que la recurrente cuenta con 15 respuestas correctas, 3 respuestas incorrectas y 7 preguntas dejadas en blanco, obteniendo un total de 13,5 respuestas válidas y por tanto insuficiente para superar el ejercicio, siendo calificada de NO APTA, actuando por tanto el Tribunal calificador conforme a su discrecional criterio técnico y aplicando la normativa reguladora de la convocatoria



Constando a los folios 46-54 del expediente administrativo, el listado completo de valoraciones anónimas de los ejercicios, con detalle de las respuestas acertadas, erróneas, en blanco, netas y calificación final, así como la hoja de cálculo, con sus gráficos, en la que se documenta la decisión del Tribunal de establecer la puntuación mínima necesaria para aprobar en 20 preguntas netas acertadas.

OCTAVO- La desestimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas a la parte apelante (art. 139.2 Ley 29/98).

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de [REDACTED] contra la sentencia nº 293/2022, de 31 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CINCO de MÁLAGA, al PA 129/22.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



