

Sentencia de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019(rec.3554/2017)

---

## **Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1.718/2019**

Fecha de sentencia: 12/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3554/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de :

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.

1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: dpp

Nota:

R. CASACION núm.: 3554/2017

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1718/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3554/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Gil de Sagredo Garicano, en nombre y representación de Dña. María Antonieta, contra la *Sentencia de 22 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de apelación nº 322/2016*, sobre función pública.

Han sido partes recurridas, la Letrada de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla en la representación que ostenta del Ayuntamiento de Carmona y la Procuradora de los Tribunales Dña. Felisa Avelina Pérez Cano en nombre y representación de Dña. Herminia y de D. Fidel.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, se ha seguido el recurso de apelación nº 322/2016*, interpuesto por la parte ahora recurrente, contra la *Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Sevilla*, en el procedimiento abreviado nº 91/2015.

El recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición, deducido contra el punto 5º del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Carmona celebrada el día 31 de octubre de 2012, aprobando las Bases del proceso selectivo convocado para la cobertura, en propiedad, de dos plazas de Técnico de Administración General (TAG) vacantes en la Plantilla de Personal Funcionario e incluidas en las **Ofertas** de Empleo Público (OPE) de ese Ayuntamiento, años 2008 y 2010.

**SEGUNDO** .- En el citado recurso de apelación, se dicta Sentencia el día 22 de febrero de 2017, cuyo fallo es el siguiente:

<< Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. María Antonieta, representada y defendida por la Letrada D<sup>a</sup>. Ana Carrasco Martínez, contra la *sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número 2 de Sevilla en el Procedimiento Abreviado nº 91/2015*, que confirmamos. Imponemos las costas a la parte apelante hasta el límite máximo de 300 &#8364;. >>.

**TERCERO.-** Contra la mentada sentencia, la representación procesal de Dña. María Antonieta preparó recurso de casación, ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos, y el expediente administrativo, a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

**CUARTO.-** En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 15 de junio de 2018, la parte recurrente, Dña. María Antonieta, solicita que se dicte Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, se estime plenamente el presente recurso conforme a los pronunciamientos interesados en el fundamento segundo del mismo.

**QUINTO .-** Conferido trámite de oposición, mediante providencia de fecha 26 de junio de 2018, la parte recurrida, Diputación Provincial de Sevilla, presenta escrito de oposición el día 14 de septiembre de 2018, en el que solicita se desestime el recurso por los motivos expuestos.

Y la Procuradora de los Tribunales Dña. Felisa Avelina Perez Cano en nombre y representación de Dña. Herminia y de D. Fidel, presenta escrito el día 17 de septiembre de 2018, solicitando que se dicte sentencia por la que se desestimando el presente recurso, y confirme la Sentencia recurrida.

**SEXTO .-** Mediante providencia de fecha 29 de julio de 2019, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 26 de noviembre de 2019, continuándose la deliberación en días sucesivos hasta el martes 10 de diciembre, que fue cuando terminó la deliberación y tuvo lugar la votación y fallo.

Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 11 de diciembre de 2019.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-** *La sentencia recurrida*

El presente recurso de casación se interpone contra la *Sentencia, de 22 de febrero de 2017, de la Sala* de nuestro orden jurisdiccional, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora y entonces recurrente contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 2 de Sevilla, que también fue desestimatoria.

El recurso contencioso-administrativo seguido ante dicho juzgado había sido interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Carmona, del día 31 de octubre de 2012, punto 5ª, que aprobó las bases del proceso selectivo convocado para la cobertura de dos plazas de Técnico de la Administración General, vacantes en la plantilla de personal funcionario e incluidas en las **Ofertas** Públicas de Empleo de ese Ayuntamiento, años 2008 y 2010. Una plaza en el año 2008 y otra en el año 2010, convocadas conjuntamente. En dichas **ofertas** públicas de empleo se estableció un plazo de dos años para llevarse a cabo. Si bien, lo relevante al caso es que resultaba de aplicación el *artículo 70.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, sobre el plazo improrrogable de 3 años al que se refiere el interés casacional.

La sentencia dictada en apelación, y ahora impugnada, declara que <<El

precepto legal que adujo la hoy apelante para impugnar, tempestivamente, las bases de la convocatoria del proceso selectivo y su posterior resultado fue el art. 70.1 in fine LEBEP, que, a su entender, instituye un término esencial, deducible de los vocablos de la norma: en todo caso e improrrogable, y cuya vulneración, según colige, provocó la caducidad de las respectivas ofertas de empleo y la invalidez sobrevenida de lo actuado en el proceso selectivo.

La naturaleza, esencial o no, del plazo máximo que para el desarrollo de la OPE disciplina la norma antedicha es materia controvertida, mediando pronunciamientos judiciales de signo dispar que los litigantes citan en apoyo de sus respectivas posturas.

Sobre el particular, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Sevilla sostuvo en sentencia de 19 de mayo de 2016, apelación nº 143/16, de la Sección 3ª, sintonizando con el parecer expresado en la sentencia de 15/12/2014 de Granada, que:

"(...) SEGUNDO.- Planteadas así las posturas de las partes, el objeto del presente recurso de apelación no es otro que el de determinar si el incumplimiento del plazo de tres años que establece el artículo 70 Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público debe traer como consecuencia la nulidad de las convocatorias. Dispone el art. 70.1 del EBEP que "Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años." La sentencia de instancia debe ser confirmada pues responde al criterio de esta Sala (S. 17 de julio de 2013, sede de Granada y S. 11 de febrero de 2011, sede de Sevilla), que se puede sintetizar en los siguientes puntos: a) No nos hallamos ante un plazo de caducidad, sino una obligación o mandato impuesto a la Administración para concluir el proceso selectivo dentro de dicho plazo a fin de evitar la excesiva dilatación del proceso. b) El transcurso del indicado plazo de tres años, no determina la anulabilidad del acto pues conforme a lo dispuesto en el art. 63.3 de la Ley 30/1992 "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo podrá implicar la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo", circunstancia que no resulta del art. 70.1 EBEP. c) El art. 70.1 EBEP contiene la obligación de desarrollar la ejecución de la OEP en el plazo de tres años, pero no una obligación de resultado, que sería el de ejecutar los procedimientos selectivos en dicho plazo. Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación (...)" .>>

#### **SEGUNDO** .- La identificación del interés casacional

El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado, mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 16 de abril de 2018, a la siguiente cuestión:

<<Si el plazo de tres años para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, previsto en el inciso final del artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de

12 de abril , (coincidente con el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 5/2015) tiene la consideración de un plazo esencial, en el sentido de que su transcurso sin ejecución alguna de dicha oferta la deja sin efecto, haciéndola inaplicable.>>

**TERCERO** .- *La desaparición en parte del interés casacional*

Debemos hacer dos consideraciones preliminares antes de abordar el fondo de la cuestión de interés casacional que se suscita en este recurso.

En primer lugar, la cuestión que suscita interés casacional y que hemos transcrito en el anterior fundamento, ya ha sido resuelta por esta Sala, en Sentencia de 21 de mayo de 2019 (recurso de casación nº 209/2016 ), ante un supuesto sustancialmente igual al ahora examinado, que, a su vez, siguió el criterio expresado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación nº 129/2016 ).

Nos corresponde, por tanto, reiterar seguidamente lo que entonces declaramos, por elementales razones de seguridad jurídica ( artículo 9.3 de la CE ), y de igualdad en la aplicación de la Ley ( artículo 14 de la CE ).

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que la doctrina que expresaremos en el fundamento siguiente, dando respuesta a la cuestión de interés casacional, únicamente se refiere a la plaza del año 2008, que es en la única respecto de la cual ha transcurrido el plazo de tres años que establece el artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado, y por ello tiene sentido que nos pronunciemos sobre si dicho plazo es o no esencial. Recordemos que el acto administrativo que se impugnaba era la convocatoria para la cobertura de dos plazas de Técnico de la Administración General, vacantes en la plantilla de personal funcionario e incluidas en las Ofertas Públicas de Empleo de ese Ayuntamiento, una en el año 2008 y otra en el año 2010.

Pues bien, respecto de la plaza correspondiente al año 2010 no ha transcurrido el plazo de tres años que establece el citado artículo 70.1 del TRLEBEP, si tenemos en cuenta que la publicación de la Oferta de Empleo Público se produjo el día 13 de noviembre de 2010 (Decreto nº 1326/2010, de 4 de octubre ) y la convocatoria tuvo lugar el día 3 de abril de 2013 (Boletín Oficial de la Provincia nº 75). De modo que en este punto concreto el recurso de casación no puede ser estimado.

**CUARTO** .- *La interpretación del artículo 70.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre (TRLEBEP)*

En relación con la caracterización del plazo, como esencial o no, respecto de la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, previsto en el inciso final del artículo 70.1 citado, en nuestra Sentencia de 21 de mayo de 2019 , citando a su vez la precedente Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación nº 129/2016 ), declaramos su carácter esencial, al señalar que <<En cambio, sí es relevante tener presente que el límite de los tres años acompaña a la lógica de que se ejecuten las ofertas de empleo público aprobadas para un ejercicio determinado mientras permanezcan las necesidades en virtud de las cuales se elaboraron, necesidades que razonablemente pueden variar de manera significativa más allá de ese margen. En todo caso, llama la atención que la Comunidad de Madrid no haya explicado la razón a la que se debe la demora de nueve y siete años en efectuar las convocatorias.

*Por último y en relación con lo que se acaba de decir, es menester señalar que la recurrente en casación no ha desvirtuado los argumentos con los que la sentencia justifica el carácter esencial del plazo de tres años para ejecutar las ofertas de empleo público establecido por el artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Ante una prescripción legal que impone "la obligación de convocar procesos selectivos para las plazas comprometidas" y exige ejecutar la oferta de empleo público "en todo caso" dentro de ese margen temporal y luego añade que el plazo será "improrrogable", son precisas razones muy poderosas para no deducir de esa disposición el carácter invalidante del incumplimiento del plazo.*

*No existen razones para modificar lo allí dicho en que ya se afirmó el carácter esencial del plazo.>>.*

Teniendo en cuenta que la citada doctrina considera que el plazo tiene ese carácter esencial, procede declarar que ha lugar al recurso de casación únicamente respecto de la plaza incluida en la Oferta de Empleo Público de 2008, en la que ha transcurrido, como antes señalamos y ahora reiteramos, el plazo de tres años del artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

#### **QUINTO** .- *Los efectos que se producen en este caso*

La parte recurrente solicita en su escrito de casación que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada en el recurso contencioso-administrativo que aprobó las bases de la convocatoria de dos plazas de Técnico de la Administración General, así como " *la nulidad de todo el procedimiento selectivo desarrollado para cubrir las citadas plazas, declarando nulos todos los actos posteriores. Y ello como consecuencia de la caducidad de la oferta de empleo público* ". Consecuentemente también solicita la restitución de los efectos del nombramiento (...) como funcionaria interina", para que sea restituida en su plaza hasta que ésta se cubra " *reglamentariamente tras su inclusión en una nueva oferta de empleo público y posterior convocatoria que la ejecute conforme a derecho* ".

Esta Sala considera que no puede ser estimada íntegramente la pretensión que se concreta en el escrito de interposición de la casación, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

Ciertamente venimos considerando que la naturaleza de ese plazo de tres años es esencial, por ministerio de ley, cuando declara que la oferta de empleo público debe desarrollarse " *dentro del plazo improrrogable de tres años* " (artículo 70.1 "in fine" del TRLEBEP). De manera que se trata de la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido por la ley para su desarrollo, cuando la naturaleza del plazo lo impone, lo que determina la anulabilidad del acto administrativo impugnado, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 48.3 de la Ley 39/2015* .

Este vicio de invalidez del acto administrativo permite, no obstante, la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción que hemos apreciado, según faculta el *artículo 51 de la Ley 39/2015* . Y lo cierto es que el procedimiento selectivo se desarrolló sin que se atribuya vicio o tacha alguna, en su ejecución, determinante de su invalidez. Proceso selectivo al que, por cierto, se presentó la recurrente que no resultó seleccionada, al no superar las pruebas selectivas correspondientes. De manera que aunque solicita la nulidad de todo el proceso y los efectos de su nuevo nombramiento como interina desde 2014 hasta que se realice otra oferta de empleo público que se ejecute

correctamente, lo cierto es que si hubiera rebasado el proceso de selección no estaríamos ante dicha petición.

Además, esta Sala tradicionalmente ha mantenido, con una reiteración que nos excusa de cita, el criterio de no alterar el resultado de la selección, respecto de los seleccionados, en los casos de impugnación de convocatorias o del resultado de procesos selectivos, sin perjuicio de determinar los efectos en cada caso.

No obstante, lo cierto es que se ha producido el vicio de invalidez en la convocatoria al no respetar el mentado plazo legal de tres años, lo que comporta determinadas consecuencias que van ligadas, como pretensión accesoria, a la nulidad del acto administrativo, y que se traduce en la indemnización de los datos y perjuicios, incluidos en la restitución de efectos que solicita, que constituye la única medida posible, a los efectos del *artículo 71 de la LJCA*, para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico. Restablecimiento que esta Sala cifra, a tenor del tipo de plaza que cubría como interina, su participación en el proceso selectivo, el tiempo del periodo de selección y el transcurrido, así como lo decidido en algún otro pronunciamiento de esta Sala, en la cantidad de veinte mil euros.

Procede, en consecuencia, haber lugar a la casación respecto de la plaza de 2008, anular el acto administrativo de convocatoria, conservar los actos administrativos del proceso selectivo, e indemnizar a la recurrente a la cantidad de veinte mil euros.

#### **SEXTO** .- *Las costas procesales*

De conformidad con el dispuesto en el *artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA* tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

#### **FALLO**

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

Que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dña. María Antonieta, contra la *Sentencia de 22 de febrero de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de apelación nº 322/2016*, por lo que se casa la sentencia impugnada, dictada en apelación, y la dictada en el recurso contencioso administrativo, al ser el acto allí impugnado, en lo relativo a la plaza de 2008, no conforme con el ordenamiento jurídico, anulándose. Debiendo indemnizar el Ayuntamiento de Carmona, a la recurrente, en la cantidad de veinte mil euros. Desestimando el recurso en lo demás.

Respecto de las costas procesales, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.