

editorial

En este boletín, además de un interesante comentario jurisprudencial realizado por Josep Aldomà sobre la **obligación de las administraciones públicas de abrir un período para subsanar defectos o carencias en los méritos alegados en los procesos selectivos**, os ofrecemos:

- El **Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social**, versión de 3 de febrero de 2011 ([acceso al texto](#)).
- El documento **Retribuciones del sector público estatal 2011**, de enero de este año ([acceso al texto](#)), de la *Secretaría General de Presupuestos y Gastos*, que **contiene las tablas con las cuantías mensuales que, en términos anuales, figuran en el Título III de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011**. Éste, del cual ya os dimos conocimiento en la Actualización núm. 10 del Código básico, viene a sustituir a la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos por la que se dictaban anualmente las instrucciones en relación con las nóminas del personal funcionario y que, según fuentes del Ministerio de Economía y Hacienda, este año no será aprobada.
- El **I plan para la igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos**, aprobado por acuerdo de 26 de enero de 2011 de la Mesa General de Negociación de la AGE ([acceso al texto](#)).

sentencias

FASE DE CONCURSO Y OBLIGACIÓN DE ABRIR UN PERÍODO PARA SUBSANAR DEFECTOS O CARENCIAS EN LOS MÉRITOS ALEGADOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010, recurso 1719/2007 ([acceso al texto](#))

Comentada por Josep Aldomà

El supuesto de hecho parte de un proceso de selección convocado por el sistema de concurso oposición. Según las bases, en la fase de concurso "sólo se tomarán en consideración aquellos méritos debidamente justificados a través de la documentación que se determina en la presente convocatoria durante el plazo de presentación de solicitudes". Finalizado el plazo de presentación de instancias, un candidato aporta la certificación acreditativa de la nota media de su expediente académico. Al no cumplir con la base mencionada, el tribunal de selección no le valora el mérito correspondiente. Interpuesto recurso contencioso administrativo por la interesada, el TSJ de Madrid lo estimó porque, pese a la literalidad de las bases, en virtud del art. 71 *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* (LRJAPC) la Administración debía requerir a la candidata para que en el plazo de diez días aportara la documentación que faltaba o, cuanto menos, aceptara la certificación presentada fuera de plazo. **El recurso de casación contra esta sentencia se fundamenta en dos motivos:**

- 1) El primero, **el carácter vinculante de las bases de la convocatoria para el tribunal de selección**.
- 2) El segundo, **la infracción del art. 71 LRJAPC**, porque no permite subsanar la presentación extemporánea de documentación relativa a la acreditación de los méritos alegados y no justificados oportunamente.

Sobre el primer motivo, el TS defiende el carácter vinculante de las bases y su inmodificabilidad. No obstante, invocando el precedente de la STS de 18 de febrero de 2009, recurso núm. 8926/2004, afirma que su interpretación y aplicación se debe hacer en el sentido más favorable para la efectividad del art. 23.2 CE. Trasladando este criterio al caso examinado, **el TS considera que la estricta aplicación de las bases por parte del tribunal de selección dificultó el acceso a la función pública en virtud de criterios faltos de racionalidad**, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no eran imputables a la aspirante.

Con esta conclusión, según mi parecer carente de base argumental, **el TS crea una grave inseguridad jurídica a los tribunales de selección**, que no sabrán si aplicar literalmente las bases de la convocatoria cuando éstas son claras y precisas o si interpretarlas (hasta el punto de modificarlas) al amparo de principios o preceptos legales superiores. **Me parece necesario no sembrar ningún tipo de duda sobre la necesidad de aplicar estrictamente las bases cuando éstas son claras, precisas y completas** ya que, como dice el aforismo, "in claris non fit interpretatio" (ante la claridad no cabe interpretación). En el caso comentado, la interpretación que realiza el tribunal de selección es literal, pero no restringida, lo cual a priori constituye un valor y no una irracionalidad o una desproporción. Si el TS consideraba irracional o desproporcionada la aplicación literal de las bases, debía justificarlo mínimamente.

Hay que destacar que el TS se limita a incorporar los fundamentos legales de la sentencia de 18 de febrero de 2009 sin advertir que ésta trataba de un supuesto diferente del presente, en el que el TS ponía en relación el art. 23.2 CE con el art. 35 LRJAPC, de forma que el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad no podía resultar perjudicado cuando era la misma administración convocante la que se había demorado en la entrega de la documentación. Por tanto, no es correcto trasladar este argumento al caso comentado sin justificarlo.

Sobre el segundo motivo, la sentencia comentada considera que el principio de subsanación del art. 71 LRJAPC es plenamente aplicable a los procedimientos de selección. Como aval de esta conclusión cita varias sentencias del mismo Tribunal, en particular la de 4 de febrero de 2003, recurso 3437/2001, según la cual el art. 71.2 permite ampliar hasta cinco días el plazo de diez previsto a todos los efectos para subsanar defectos cuando la aportación de la documentación requerida presente dificultades especiales, excepto en procedimientos selectivos o de concurrencia. De este enunciado se deduciría que, si se prohíbe la ampliación adicional de cinco días en el caso de los procedimientos selectivos, es evidente que les resulta de aplicación la concesión del plazo general de diez días.

Hay que advertir que **la jurisprudencia no es unánime.** La posición minoritaria la hallamos reflejada, como ejemplo relevante, en la **STS de 11 de mayo de 2009, recurso 613/2005**, donde se establece que **el tribunal de selección no está obligado a conceder un plazo para subsanar la documentación acreditativa de los méritos, porque "no nos encontramos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, regido por el art. 70 y 71 de dicha Ley, sino ante un procedimiento iniciado de oficio, y además, ante un procedimiento en concurrencia, en este caso selectivo de funcionarios, donde los interesados tienen que acreditar sus méritos dentro de un plazo determinado, por lo que se evidencia que, sin necesidad de negar tajantemente la posibilidad de aplicación de dicho precepto en alguna circunstancia, no sea de aplicación en el presente caso (...)"**.

Fijémonos en que, **en esta última sentencia, el TS no es tajante al negar la aplicación del art. 71.1 a los procesos selectivos.** Personalmente, soy favorable a su aplicación por los motivos siguientes:

- a) El art. 71 no hace distinción entre las formas de iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte.
- b) Es discutible que respecto a cada candidato el proceso selectivo sea un proceso iniciado de oficio.
- c) Implícitamente admite la aplicación a los procesos selectivos (argumento a contrario del párrafo 2).
- d) Se refiere a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado sólo en el párrafo 3.
- e) Donde la ley no distingue, no podemos distinguir. Además debemos tener presente que la concesión del plazo de diez días para subsanar los defectos de la solicitud de participación que se determinan en la lista provisional de admitidos y excluidos, constituye una manifestación concreta de la medida del art. 71.

Pero una cosa es aplicar el art. 71 LRJAPC a los procedimientos selectivos y otra diferente su alcance, que se limita a la fase de iniciación. En el supuesto de la sentencia comentada, **si se refiere a los requisitos de participación** (respecto a los cuales la imposibilidad de subsanar el defecto comporta la exclusión del proceso selectivo y la finalización del procedimiento para el candidato concreto), **o si se refiere también a la valoración de un mérito** que no comporta dicho resultado. **El TS lo hace extensivo a ambos trámites, invocando una serie de antecedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal,** pese a que, a mi parecer, se trata de supuestos diferentes entre sí, y la mayoría diferentes también de los de la sentencia comentada. Concretamente, la STS de 4 de febrero de 2003 hace referencia a la no aportación de un documento que actuaba como requisito excluyente de un proceso selectivo, y la STS de 7 de julio de 1997 se refiere a la solicitud de inicio de un expediente de rehabilitación de un título nobiliario en que se archiva el expediente.

Considero que el art. 71 LRJAPC se refiere al acto de inicio del expediente para cada candidato, esto es, a su solicitud acompañada de la documentación preceptiva para poder participar en el proceso selectivo. Ésta es la que se debe poder subsanar cuando no reúne los requisitos establecidos a todos los efectos en el art. 70 LRJAPC y los exigidos por la legislación específica de función pública, entendiéndose que esta última se refiere a la documentación acreditativa de los requisitos de los tres apartados del art. 56 LEBEP: los de carácter general, el conocimiento de lenguas cooficiales, y otros específicos de la convocatoria. Consecuente con la importancia del trámite, el art. 71 prevé que si el interesado no subsana la documentación dentro del plazo de diez días, se le tendrá por desistido y se archivará el expediente en cuanto a su participación en el proceso selectivo.

Respecto a la valoración de los méritos, se trata de un trámite de la fase de instrucción con independencia del momento de presentar la documentación acreditativa; en consecuencia, no le resulta de aplicación el art. 71. Bajo mi punto de vista, éste es el final de la primera parte de la película. La segunda parte tendrá que resolver si los arts. 76 y 79 LRJAPC se aplican a la fase de valoración de méritos y con qué alcance: si se debe distinguir entre la acreditación deficiente y la extemporánea. Esta parte se deja por el comentario de una sentencia que utilice dichos preceptos como argumento.