

editorial

En aquest butlletí, a més d'un interessant comentari jurisprudencial realitzat per Josep Aldomà sobre l'obligació de les administracions públiques d'obrir un període per a esmenar defectes o mancances en els mèrits al·legats en els processos selectius, us oferim:

- El **Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social**, versió de 3 de febrer de 2011 ([accés al text](#)).
- El document **Retribuciones del sector público estatal 2011**, de gener d'enguany ([accés al text](#)), de la *Secretaría General de Presupuestos y Gastos*, que conté les taules amb les quanties mensuals que, en termes anuals, figuren al Títol III de la **Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011**. Aquest, del qual ja us donarem coneixement en l'Actualització núm. 26 del Codi bàsic, ve a substituir la Resolució de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos per la qual es dictaven anualment les instruccions en relació amb les nòmines del personal funcionari i que, d'acord amb fonts del Ministeri d'Economia i Hisenda, enguany no serà aprovada.
- El **I plan para la igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos**, aprovat per acord de 26 de gener de 2011 de la Mesa General de Negociación de la AGE ([accés al text](#)).

sentències

FASE DE CONCURS I OBLIGACIÓ D'OBRIR UN PERÍODE PER ESMENAR DEFECTES O MANCANCES EN ELS MÈRITS AL·LEGATS

Sentència del Tribunal Suprem de 27 de maig de 2010, recurs 1719/2007 ([accés al text](#))

Comentada per Josep Aldomà

El supòsit de fet parteix d'un procés de selecció convocat pel sistema de concurs oposició. Segons les bases, en la fase de concurs "només es prendran en consideració els mèrits degudament justificats a través de la documentació que es determina en la present convocatòria durant el termini de presentació de sol·licituds". Finalitzat el termini de presentació d'instàncies, un candidat aporta la certificació acreditativa de la nota mitjana del seu expedient acadèmic. En no complir amb la base esmentada, el tribunal de selecció no li valora el mèrit corresponent.

Interposat recurs contenciós administratiu per la interessada, el TSJ de Madrid l'estima perquè, malgrat la literalitat de les bases, en virtut de l'art. 71 *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* (LRJAPC) l'Administració havia de requerir la candidata perquè en el termini de deu dies aportés la documentació que mancava o, almenys, acceptés la certificació presentada fora de termini. **El recurs de cassació contra aquesta sentència es fonamenta en dos motius:**

- 1) El primer, **el caràcter vinculant de les bases de la convocatòria per al tribunal de selecció**.
- 2) El segon, **la infracció de l'art. 71 LRJAPC**, perquè no permet esmenar la presentació extemporània de documentació relativa a l'acreditació dels mèrits al·legats i no justificats oportunament.

Sobre el primer motiu, el TS defensa el caràcter vinculant de les bases i la seva immodificabilitat. Això no obstant, invocant el precedent de la STS de 18 de febrer de 2009, recurs núm. 8926/2004, afirma que la seva interpretació i aplicació s'ha de fer en el sentit més favorable a l'efectivitat de l'art. 23.2 CE. Traslladant aquest criteri al cas examinat, **el TS considera que l'estricta aplicació de les bases per part del tribunal de selecció va dificultar l'accés a la funció pública en virtut de criteris mancats de racionalitat**, amb una desproporció manifesta o derivats de fets que no eren imputables a l'aspirant.

Amb aquesta conclusió, segons el meu parer mancada d'argument, **el TS crea una greu inseguretats jurídica als tribunals de selecció**, que no sabran si aplicar literalment les bases de la convocatòria quan són clares i precises o si interpretar-les (fins al punt de modificar-les) a l'empena de principis o preceptes legals superiors. **Em sembla necessari no sembrar cap mena de dubte sobre la necessitat d'aplicar estrictament les bases quan són clares, precises i completes**, perquè, com diu l'aforisme, "in claris non fit interpretatio" (davant la claredat no hi cap interpretació). En el cas comentat, la interpretació que fa el tribunal de selecció és literal, però no restringida, cosa que és a priori un valor i no una

irracionalitat o una desproporció. Si el TS considerava irracional o desproporcionada l'aplicació literal de les bases, ho havia de justificar mínimament.

És de destacar que el TS es limita a incorporar els fonaments legals de la sentència de 18 de febrer de 2009 sense adonar-se que tractava d'un supòsit diferent d'aquest, en què el TS posava en relació l'art. 23.2 CE amb l'art. 35 LRJAPC, de manera que el dret d'accés a la funció pública en condicions d'igualtat no podia resultar perjudicat quan era la mateixa administració convocant qui s'havia demorat en el lliurament de la documentació. Per tant, no és correcte traslladar aquest argument al cas comentat sense justificar-ho.

Sobre el segon motiu, la sentència comentada considera que el principi d'esmena de l'art. 71 LRJAPC és plenament aplicable als procediments de selecció. Com aval d'aquesta conclusió **cita diverses sentències del mateix Tribunal, en particular la de 4 de febrer de 2003, recurs 3437/2001**, segons la qual l'art. 71.2 permet ampliar fins a cinc dies el termini de deu previst amb caràcter general per a esmenar defectes quan l'aportació de la documentació requerida presenti dificultats especials, excepte en procediments selectius o de concurrència. D'aquest enunciat es deduiria que, si es prohibeix l'ampliació addicional de cinc dies en el cas dels procediments selectius, és evident que els resulta d'aplicació la concessió del termini general de deu dies.

Cal advertir que **la jurisprudència no és unànime**. La posició minoritària la trobem reflectida, com exemple rellevant, en la **STS d'11 de maig de 2009, recurs 613/2005**, on es diu que **el tribunal de selecció no està obligat a concedir un termini d'esmena de la documentació acreditativa dels mèrits, perquè "no ens trobem davant d'un procediment iniciat a instància de part, regit per l'art. 70 y 71 de dita Llei, sinó davant d'un procediment iniciat d'ofici**, i a més, davant d'un procediment en concurrència, en aquest cas selectiu de funcionaris, on els interessats han d'acreditar els seus mèrits dins d'un termini determinat, per la qual cosa és evident que sense necessitat de negar rotundament la possibilitat d'aplicació del dit precepte en alguna circumstància, no és d'aplicació en el present cas (...)"

Fixem-nos **que en aquesta darrera sentència el TS no és taxatiu en negar l'aplicació de l'art. 71.1 als processos selectius**. Personalment, soc favorable a la seva aplicació pels motius següents:

- L'art. 71 no fa distinció entre les formes d'iniciar el procediment, d'ofici o a instància de part.
- És discutible que respecte a cada candidat el procés selectiu sigui un procés iniciat d'ofici.
- Implícitament admet l'aplicació als processos selectius (argument a contrari del paràgraf 2).
- Es refereix als procediments iniciats a sol·licitud d'interessat només en el paràgraf 3.
- On la llei no distingeix, no podem distingir. A més hem de tenir present que la concessió del termini de deu dies per a esmenar els defectes de la sol·licitud de participació que es determinen en la llista provisional d'admesos i exclosos (art. 78 RPSEL i reglaments de selecció en general), constitueix una manifestació concreta de la mesura de l'art. 71.

Però una cosa és aplicar l'art. 71 LRJAPC als procediments selectius i una altra de diferent el seu abast, que es limita a la fase d'iniciació. En el supòsit de la sentència comentada, **si es refereix als requisits de participació** (respecte dels quals la impossibilitat d'esmenar el defecte comporta l'exclusió del procés selectiu i l'acabament del procediment per al candidat concret), **o si es refereix també a la valoració d'un mèrit** que no comporta aquest resultat. **El TS el fa extensiu a tots dos tràmits, invocant una sèrie d'antecedents jurisprudencials del mateix Tribunal**, tot i que, segons el meu parer, es tracta de supòsits diferents entre si, i la majoria diferents també dels de la sentència comentada. Concretament, la STS de 4 de febrer de 2003 fa referència a la no aportació d'un document que actuava com a requisit exclouent d'un procés selectiu, i la STS de 7 de juliol de 1997 es refereix a la sol·licitud d'inici d'un expedient de rehabilitació d'un títol nobiliari en què s'arxiva l'expedient.

Considero que l'art. 71 LRJAPC es refereix a l'acte d'inici de l'expedient per a cada candidat, això és, a la seva sol·licitud acompanyada de la documentació preceptiva per a poder participar en el procés selectiu. Aquesta és la que s'ha de poder esmenar quan no reuneix els requisits establerts amb caràcter general en l'art. 70 LRJAPC i els exigits per la legislació específica de funció pública, entenent que aquesta última es refereix a la documentació acreditativa dels requisits dels tres apartats de l'art. 56 LEBEP: els de caràcter general, el coneixement de llengües cooficials, i altres específics de la convocatòria. Conseqüent amb la importància del tràmit, l'art. 71 preveu que si l'interessat no esmena la documentació dins del termini de deu dies, se'l tindrà per desistit i s'arxivarà l'expedient pel que fa a la seva participació en el procés selectiu.

Respecte a la valoració dels mèrits, es tracta d'un tràmit de la fase d'instrucció amb independència del moment de presentar la documentació acreditativa; en conseqüència, no li és d'aplicació l'art. 71. Sota el meu punt de vista, aquest és el final de la primera part de la pel·lícula. La segona part haurà de resoldre si els arts. 76 i 79 LRJAPC s'apliquen a la fase de valoració de mèrits i amb quin abast: si s'ha de distingir entre l'acreditació deficient i l'extemporània. Aquesta part es deixa pel comentari d'una sentència que utilitzi aquests preceptes com a argument.