

RECOMENDACIÓN GENERAL EN MATERIA SELECCIÓN DE PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

I. Justificación.

La existencia de actos que vulneran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en procesos selectivos de acceso a funciones y cargos públicos, es un hecho que se ha reflejado habitualmente en noticias divulgadas por la prensa y que, en muchas ocasiones, ha dado origen a procesos objeto de enjuiciamiento por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, ocasionalmente, por la Jurisdicción Penal.

No es ocioso recordar que, más en tiempos de crisis como el que ahora acontece, el deseo de formar parte de la función pública, dicho sea en un concepto amplio, es un objetivo perseguido por un considerable número de ciudadanos que aspiran a lograr una estabilidad en el empleo. Esta lógica y legítima aspiración debe canalizarse a través de procesos presididos e impregnados de valores y principios democráticos y de convivencia, basados en el respeto a la Ley y, por tanto, ajenos a prácticas de nepotismo o clientelismo, que únicamente contribuyen a degradar el papel de nuestras instituciones democráticas.

Como es sabido, el acceso al empleo público se encuentra presidido por los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad en el acceso a la función pública (artículos 23.2 y 103 de la Constitución). A este respecto, la dimensión que nos interesa destacar es la del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, que proclama el artículo 23.2 de la Constitución: la referencia constitucional a los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas en el artículo 103, no es sino una consecuencia lógica del principio de igualdad ante la ley. El único criterio que garantiza la ausencia de trato discriminatorio es precisamente el de mérito y capacidad.

Por tanto, aquellos procesos selectivos que no garanticen la selección de los aspirantes con más conocimiento y/o mejor currículum, estará cercenando, en realidad, el acceso al empleo público en igualdad de condiciones.

En el marco descrito, irrumpe la aprobación la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante

(BOJA nº 125, de 1 de julio de 2021), que crea la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (en adelante, la Oficina u OAAF) como entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscribiéndola al Parlamento de Andalucía (artículo 6.1).

La aprobación de esta Ley no es un hecho, ni mucho menos, aislado en el contexto internacional y nacional.

Así, debemos aludir al Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999 y ratificado por España mediante instrumento de 1 de diciembre de 2009, o el Convenio Penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y ratificado por España por instrumento de 26 de enero de 2010, así como a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y ratificada por España mediante instrumento de 9 de junio de 2006. Asimismo, debe mencionarse que en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2015-2030, impulsados por la Organización de las Naciones Unidas, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 25 de septiembre de 2015, figura como una de las metas del objetivo 16 la reducción sustancial de la corrupción y el soborno.

En el ámbito de la Unión Europea debemos recordar, en primer lugar, el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento, que impone a la Unión y a los Estados miembros la obligación de combatir el fraude y cualesquiera actividades ilegales que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea, mediante medidas que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión

En tal sentido, se erige como instrumento jurídico central para la lucha contra el fraude la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, actualmente en fase de transposición a nuestro derecho interno.

Por último, no podemos dejar de recordar la existencia de otras autoridades autonómicas para la lucha contra la corrupción y el fraude: (i) Agencia de Prevención y

Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (Ley 11/2016, de 28 de noviembre), (ii) Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (Ley 16/2016, de 9 de diciembre) y (iii) Oficina Antifraude de Cataluña (Ley 14/2008, de 5 de noviembre).

Pues bien, dentro de las finalidades atribuidas a la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción en materia de lucha contra el fraude y la corrupción, el artículo 9.1 le atribuye específicamente la de fomentar y velar por el cumplimiento de la integridad, objetividad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad y demás deberes regulados en los artículos 52 y siguientes del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, TREBEP), respecto de los empleados públicos que presten servicios en el sector público andaluz y demás instituciones, órganos y entidades públicas incluidos en el artículo 3, párrafos a), b), c) y d), con la finalidad de garantizar el destino y el uso de los fondos públicos, y en general, la correcta gestión en la prestación de los servicios públicos.

Para el ejercicio de dichas funciones, la Oficina desarrolla actividades de investigación e inspección, así como una labor preventiva y formativa.

La actividad de investigación puede derivar de denuncias de los particulares, pero también a iniciativa propia cuando, a la vista de los informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía, del Tribunal de Cuentas, de la Inspección General de Servicios, de la Intervención General de la Junta de Andalucía o por cualquier otro medio válido en derecho, la Oficina tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de fraude, corrupción o conflicto de intereses o, en última instancia, en virtud de petición razonada de las instituciones, órganos y entidades previstos en el artículo 3 de la Ley 2/2021.

La actividad de prevención permite a la Oficina desarrollar una labor de estudio y promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en la gestión pública mediante la redacción de un código ético o de buenas prácticas y la de formular recomendaciones y propuestas, con la finalidad de prevenir el fraude, corrupción, conflicto de intereses o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de intereses públicos o financieros.

En el desarrollo de estas funciones de prevención, se inscribe la emisión de la presente Recomendación, cuya finalidad fundamental es sistematizar los aspectos claves y recurrentes de cara a la adecuada configuración y desarrollo de los procesos selectivos de los empleados públicos y con ello, su pleno acomodo a los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público. Para dicha labor de sistematización, nos hemos servido fundamentalmente de los criterios jurisprudenciales asentados en la materia.

II. Algunas aclaraciones previas.

Aunque esta Recomendación tiene vocación de generalidad y se dirige al conjunto del sector público sujeto al ámbito de actuación de la OAAF, es evidente, que su destinatario fundamental son las Administraciones Públicas y restantes entes de Derecho Público, es decir, aquellos organismos que se rigen en su actividad por el Derecho Administrativo y que, por tanto, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del TREBEP (artículo 2).

La regulación de los procesos selectivos de las sociedades mercantiles públicas y de las fundaciones del sector público merecen un tratamiento interpretativo específico, a fin de concretar el alcance de la aplicación de la Disposición Adicional Primera del TREBEP, que pretende ser abordada en trabajos posteriores.

Por otra parte, esta Recomendación se dirige a la selección de funcionario y del personal laboral de las Administraciones Públicas, aunque no somos desconocedores de que el procedimiento de acceso puede diferir en un caso y otro: sin ir más lejos, el acceso funcional se lleva a cabo por oposición o concurso-oposición (artículo 61.6 del TREBEP), mientras que el procedimiento del personal laboral puede articularse incluso mediante concurso de méritos (artículo 61.7 del TREBEP).

Lógicamente, quedan fuera de este documento la selección del personal eventual y el directivo, dadas las singularidades de su perfil y funciones, aunque, respecto a estos últimos, debemos recordar que su selección atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia (artículo 13 del TREBEP).

III. Objetivo.

Este documento sólo pretende ser un instrumento dirigido a la gestión de procesos selectivos, de modo que, una vez detectados los puntos de riesgo, analizando cada caso concreto dentro de su contexto, puedan elegirse alternativas válidas que sean ágiles, útiles y eficaces en la detección, prevención y corrección de los problemas que afloran en la gestión de dichos procesos.

Dada la finalidad eminentemente práctica de este documento, tampoco debe considerarse como un instrumento cerrado, sino por el contrario, en permanente construcción, de modo que las aportaciones de todos los factores intervinientes la doten de dinamismo y se vea nutrido por experiencia y por diferentes perspectivas de abordaje.

El último objetivo de este documento es contribuir a la implantación de un entorno de integridad en los sistemas selectivos de empleados públicos y a una mayor concienciación al respecto, de instituciones públicas y ciudadanía.

IV. Fase preparatoria: planificación de los procesos selectivos.

La planificación de las necesidades de personal, a corto y medio plazo, mediante los instrumentos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser el *præ* lógico y el antecedente de la convocatoria de cualquier proceso selectivo, tal y como dispone el artículo 69 del TREBEP.

Dicha planificación debe obedecer a factores objetivos, el principal de ellos, las necesidades de la ciudadanía, y la mejor satisfacción del interés general, pero igualmente otros factores tales como la reposición de personal jubilado y el refuerzo de servicios públicos prioritarios, como los servicios sanitarios, educativos, etc.

La planificación de los procesos selectivos se canaliza a través de la potestad de autoorganización de las administraciones, que lógicamente ha de estar al servicio del interés general y sometida al principio de legalidad consagrado en el artículo 103 de la Constitución.

Dentro de esta labor de planificación, debemos señalar la importancia de la relación de puestos de trabajo (RPT) y de las ofertas de empleo público (OEP).

La RPT es el instrumento de ordenación de personal en el que se especifican los puestos de la administración en cuestión estableciendo *“las exigencias que de observarse para su cobertura y los deberes y derechos que genéricamente fijados por las normas reguladoras del estatuto de los funcionarios, que corresponde a los funcionarios que sirven el puesto”* (STS, de 5 de febrero de 2014, recurso de casación nº2986/2012). Además, la citada Sentencia ha establecido su naturaleza de acto administrativo y no de reglamento (pues es un acto ordenado, no ordenador), lo que tiene evidentes implicaciones desde el punto de vista de su impugnación.

Por su parte, la oferta de empleo público (OEP) es el instrumento que articula las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso (artículo 70 del TREBEP).

Debe señalarse que el objeto de una OEP son plazas y no puestos de trabajo, como en las RPT. Ello es relevante de cara a la configuración del proceso, ya que en la OEP se identifican las plazas de forma genérica y solo en un momento posterior, se ofertarán los puestos de trabajos en concreto, que podrán elegir los aspirantes que hayan superado los procesos selectivos.

V. Convocatorias y principios rectores de las mismas.

1º.- Bases de convocatoria.

Los procesos selectivos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo tienen su propia doctrina jurisprudencial, que es especialmente prolija en cuanto al papel que desempeñan las bases reguladoras. De dicha jurisprudencia, pueden extraerse los siguientes principios o elementos fundamentales:

- El principio de convocatoria como ley que vincula a la Administración y a las partes integrantes de los procesos selectivos.
- El principio de que la convocatoria que ha sido consentida, es decir, no cuestionada inicialmente por quien participa en el proceso, no puede ser impugnada posteriormente (directa o indirectamente) al constatarse que no ha sido seleccionado.

La regla anterior admite excepciones, pues es posible la impugnación jurisdiccional, de la convocatoria aunque hayan quedado firmes en vía administrativa, siempre que contengan causas de nulidad del art. 47 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común “...esta Sala viene admitiendo que, en ocasiones, a través de los actos de aplicación, se pueda enjuiciar la posible nulidad de unas bases no impugnadas en su momento en los casos en que resulte evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia”, (STS 16 de enero de 2012 recurso de casación nº 4523/2009).

2º.- Principios básicos del artículo 55 del TREBEP.

1. *Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.*

2. *Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:*

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) Transparencia.*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.”*

Tomaremos dichos principios como eje de nuestro análisis y veremos sus elementos configuradores esenciales a través de la jurisprudencia recaída al respecto, con el fin último de tener una idea lo más precisa posible sobre el alcance de los mismos.

3º.- Publicidad y transparencia, como garantía de la necesaria competencia en el proceso selectivo.

La opacidad es un riesgo evidente para la necesaria competencia en cualquier proceso selectivo y por ello, debe ser combatida desde diversos frentes y con múltiples mecanismos, presididos por los principios de publicidad y transparencia. Conforme a dichas premisas, podemos establecer algunas pautas de actuación:

- **Los criterios de valoración de los ejercicios de las oposiciones deben ser conocidos de antemano por los opositores**, sin que sea posible un desarrollo innovador por parte del Tribunal durante el proceso selectivo. Por ello, si dichos criterios no se fijan en la convocatoria, **deben establecerse, en todo caso, antes de la realización de la prueba en cuestión** (STS de 20 de Octubre de 2014, recurso casación número 3093/2013).
- **Cuando las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos** de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso- oposición, los tribunales de selección **deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias** (STS de 15 de noviembre de 2019, recurso casación nº 2810/2017).
- **Prohibición de procedimientos selectivos a la carta o con candidatos predeterminados. La problemática en torno a este principio es variada y puede responder** tanto a supuestos de auténtico nepotismo (vulgarmente “enchufismo”), como al problemático supuesto de la consolidación de plazas de empleo temporal, tan de actualidad en estos momentos. El amplio margen con el que cuentan los Tribunales a la hora de configurar las exigencias de acceso al empleo público, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad, conforme a los principios de mérito y capacidad (STC 293/1993, 363/1993 o 185/1994, entre otras muchas). Indicios de tal práctica irregular, pueden ser los siguientes:

- **Excesivo nivel de especificación en la exigencia de méritos.**
- **Preguntas referidas a contenidos o competencias muy específicas que solo puede conocer o dominar quien ya trabaja en la Administración.**
- **Fijación de plazos excesivamente cortos para el desarrollo de las diversas pruebas o hitos del proceso selectivo.**
- **Reducción de la fase de oposición a una entrevista** (STS de 14 de octubre de 2020, recurso de casación nº 1342/2018: *no resulta conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad de acceso al empleo público, consagrados en el artículo 103.3 en relación con el artículo 23.2 de la CE, un proceso selectivo a desarrollar por el sistema de concurso oposición, en el que la fase de oposición prevista se reduzca a una entrevista personal que verse sobre aspectos del curriculum vitae y méritos de los aspirantes*).
- **Motivación en pruebas psicotécnicas:** *“Contenido del deber de motivación de la declaración de no apto (suspenso o no superado) en una prueba psicotécnica en la que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes, debe 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 de negar la aptitud de un candidato. 2º) tal deber ha de cumplirse en el momento de la decisión administrativa y, en todo caso, al dar respuesta a reclamaciones y recursos previos a la vía jurisdiccional, como medio adecuado para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española” ST de la Sala tercera del TS de 27 de enero de 2022 (rec.8179/2019)*
- **Falta de cumplimiento escrupuloso de las normas sobre abstención y recusación de los miembros de los Tribunales.**
- **Falta de garantía del anonimato hasta la fijación de las notas.**
- **Excesiva fragmentación en la configuración de los procesos selectivos, singularmente en las Entidades Locales.**

Debe advertirse además, que este riesgo tiene una clara proyección penal, dado que un proceso concebido y diseñado para adjudicar una plaza a una persona en concreto, puede revestir, por ejemplo, los elementos del tipo delictivo de la prevaricación (artículo 404 del Código Penal).

- **La transparencia en los procedimientos selectivos¹, que se manifiesta también en diversos planos:**
 - **Publicidad de los actos integrantes del proceso selectivo.**
 - **Motivación de los actos integrantes del proceso selectivo**, con las necesarias adaptaciones o modulaciones derivadas de la caracterización múltiple o incluso masiva de este tipo de procedimientos, pero que, en todo caso, exige: **exteriorizar las razones que han conducido a la calificación del aspirante**, especialmente tras la reclamación pertinente (STS de 31 de julio de 2014, recurso de casación nº 3779/2013), sin que sea suficiente las meras referencias genéricas a las bases (STS de 10 de diciembre de 2014, recurso de casación nº 3754/2013) o expresiones voluntaristas (por ejemplo, “se ha dado preferencia ...”). Se exige, pues, una motivación lógica, razonada e individualizada.
 - **El derecho al acceso al expediente de proceso selectivo**, sin que sean admisible argumentos falaces y argucias tales como dificultades técnicas u organizativas o que el proceso aún no ha concluido. **El derecho de acceso se extiende, en principio, a la documentación, pruebas y méritos de los otros participantes en el proceso selectivo** “...el derecho de quien participa en un

¹ Dicho principio tiene un claro anclaje constitucional, tal y como ha señalado la STS de 11 de mayo de 2016, recurso número 1493/2015: *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*

proceso selectivo a conocer, no sólo la documentación que afecta a sus ejercicios, sino la de los demás, pues es necesaria para establecer una comparación que permita su defensa en orden a la aplicación de los principios de mérito y capacidad” (STS de 3 de octubre de 2013, recurso nº 644/2012).

Tampoco suelen ser admisibles los argumentos basados en la protección de datos (ver en tal sentido, STSJ Castilla-La Mancha de 4 diciembre de 2015, recurso nº 4/2014).

- **Fijación y comunicación (mediante su publicación) de los criterios de valoración antes de la realización de las pruebas en los términos antes señalados.** (STS de 27 de enero de 2022, recurso de casación nº 8179/2019)
- **Respeto escrupuloso con el procedimiento legalmente establecido, lo que se traduce en:**
 - **Observancia de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.**
 - **Principio general de subsanabilidad.**
 - **Publicaciones y notificaciones en tiempo y forma**, si bien, sin perder de vista que, conforme al artículo 46 de la Ley 39/2015, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo.
 - **Control del anonimato de las pruebas escritas**, pues así, se minimiza el riesgo de arbitrariedad en por parte del Tribunal: *“la garantía de igualdad en el acceso a la función pública y de la imparcialidad y objetividad en la actuación de la Administración en los procesos selectivos se asegura, en casos como estos, evitando que los ejercicios contengan la identidad de los aspirantes” (STS de 28 de enero de 2009, recurso de casación nº 8098/2004), sin que puede escudarse el Tribunal en el consentimiento de los aspirantes para desvirtuar dicho anonimato (STS de 8 de julio de 2015, recurso de casación nº 1460/2014).*

- **Asegurar el carácter público de los exámenes orales mediante su grabación.**
- **Fijación de notas de corte conforme a la habilitación previa de la convocatoria y antes de conocerse la identidad de los aspirantes** (STS de 11 de mayo de 2016, recurso de casación nº 1493/2015).

4º.- Los principios de mérito y capacidad y su efectividad práctica en los procesos selectivos: requisitos de acceso y valoración de méritos.

El derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 23.2, tiene una efectividad práctica que se proyecta durante el desarrollo del proceso selectivo. Así lo expresa en términos muy gráficos la STC 107/2003 al referirse al *"derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley"* de tal modo que, *"una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual"*.

Sentada esta importante premisa, es preciso señalar que cualquiera de los aspectos analizados hasta ahora nos conduce, en última instancia, a los principios de mérito y capacidad; sin perjuicio de ello, sí es posible advertir algunos elementos en los procesos selectivos que entroncan directamente con dichos principios y que merecen ser destacados singularmente, especialmente en lo que se refiere a la determinación de los requisitos de acceso y valoración de los méritos.

- **La elección del sistema selectivo: la discrecionalidad en la elección del procedimiento ha de cohonestarse con la necesaria motivación; además, entendemos que ante la ausencia de concurrencia de circunstancias específicas y objetivas, ha de optarse por las oposiciones** (STS 30 de octubre de 2010, recurso de casación nº 2604/2007).
- **Los niveles de formación que acreditan los títulos universitarios no pueden ser distintos según se trate de acceder al empleo público o del ejercicio privado de la profesión**, lo que se plantea de forma especialmente habitual respecto a la exigencia de la

titulación del Máster, como condición *sine qua non* para el ejercicio de una determinada profesión tras la entrada en vigor del Plan Bolonia y por *ende*, para el acceso a la categoría funcionarial correspondiente (STS de 19 de octubre y 4 de diciembre de 2020, recursos de casación número 6641/2018 y 5635/2018).

- **Si las bases establecen que en la fecha de finalización del plazo de solicitudes, los aspirantes “han de estar en condiciones de obtener el título exigido” (o fórmula similar), no se puede excluir al candidato porque la fecha de expedición del título sea posterior a la expiración del plazo de presentación de solicitudes, “pues ese requisito, como hemos visto, estaba previsto en las bases de la convocatoria para un momento ulterior (tras la publicación de la resolución definitiva de aprobados) y con unos efectos distintos para el caso de incumplimiento (pérdida de los derechos que pudieran derivarse de la participación en la fase de selección) de los que fueron aplicados por la Administración a la actora” (STS de 5 de abril de 2018, recurso de casación nº 2922/2015).**
- **Se admite la titulación superior a la necesaria para acceder a la correspondiente categoría, pero no para obtener una puntuación mayor.**
- **La ausencia de regulación respecto a un área o especialidad (p.ej. medicina estética) no puede suplirse mediante una ordenación llevada a cabo por el propio Colegio Profesional (STS de 10 de mayo de 2021, recurso de casación nº 6437/2019).**
- **El hecho de que determinados méritos hayan sido valorados en convocatorias o períodos anteriores (en este último caso, en procesos selección temporal) no supone la obligación para el Tribunal de valorarlas en todos y cada uno de los ejercicios siguientes, siendo cada período de valoración de méritos independiente del anterior.**
- **Valoración de la experiencia:**
 - a. **Cuando la experiencia esgrimida se refiera a otras categorías profesionales, hay que atender a la equivalencia de funciones entre ambas (STS de 4 de diciembre de 2017, recurso de casación nº 455/2016). Inversión de la carga de la prueba cuando el aspirante esgrima coincidencia de funciones (STS de 15 de julio de 2015, recurso de casación nº 1745/2014).**

- b. **Equiparación de los servicios previos prestados como personal temporal o interino, no así como personal eventual, ya que el nombramiento de éstos queda fuera por completo de los parámetros del artículo 23.2 de la CE** (STS de 22 de octubre de 2014, recurso de casación nº 3500/2013)
 - c. **A priori, no es un criterio valido la distinta valoración de la experiencia, en función de la Administración donde tales servicios se hayan prestado:** *“...resulta indiferente la distinta Administración a que corresponda la experiencia o servicios valorados mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos que sean objeto de comparación [por todas, sentencias de 30 de junio de 2008 (recurso de casación nº 399/2004) y de 18 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 3013/2008)], por lo que, en principio y salvo que se acredite la existencia de tales diferencias, no resulta aceptable ponderar de manera distinta de la experiencia profesional previa en función, exclusivamente, de la Administración donde tales servicios se prestaron”* (STS de 25 de abril de 2012 , recurso de casación nº 7091/2010).
 - d. **Cuestión distinta es la valoración de la experiencia adquirida en el sector privado o centros concertados, pues a priori su acceso no se rige por los principios igualdad, mérito y capacidad** (cuestión, en todo caso, muy casuística, como señala la STS de 2 de abril de 2014, recurso de casación nº 287/2013).
 - e. **No se puede computar la experiencia laboral acreditada mediante Sentencia, si esta no tiene carácter firme, ya que puede ser revocada** (STSJ de Valencia, de 17 de diciembre de 2015, recurso número 300/2013).
- **Valoración de cursos y publicaciones:**
 - a. **Lógica vinculación del curso con el contenido funcional de la plaza.**
 - b. **Necesidad de que las bases aclaren los criterios para excluir dicha vinculación: número de horas, el tipo de entidad que los imparta, exclusión de conocimientos transversales, exclusiones específicas, etc.**
 - c. **Deber de motivación por parte del Tribunal cuando existe “apariencia de vinculación”** (STS de 15 de octubre de 2012, recurso de casación nº 4326/2011).

- d. **Asegurar el carácter científico de las publicaciones:** previendo en las bases que no tienen tal carácter las meras reproducciones de normativa parcial o completa, las recopilaciones o compendios de normas que supongan en su totalidad o en parte transcripción del articulado o disposiciones que la forman. Exigiendo su carácter novedoso. Debe quedar acreditado el “rigor científico” de la obra, teniendo en cuenta la calidad técnica de la misma y elementos como la solvencia de la entidad editora, su difusión, tirada y ediciones, así como la originalidad de la publicación.

5º.- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar: proporcionalidad.

- **No debe existir un excesivo rigor al interpretar los requisitos de admisión a un proceso selectivo:** hay que cumplir con lo dispuesto en las bases y recae sobre los aspirantes, la carga de aportar la documentación necesaria, pero no puede valorarse como incumplimiento, lo que no obedece a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado (STS de 26 de diciembre de 2012, recurso de casación nº 694/2012)
- **Adecuación de las preguntas al temario:** *un sistema de oposición en el que se prevé un temario que relaciona los contenidos teóricos de inexcusable demostración por el aspirante, el tema o temas que sean objeto de exposición deben responder a los enunciados y contenido del temario o programa. Es, por tanto, contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia* (STS de 5 noviembre de 2020, recurso de casación nº 5229/2018).
- **Valoración de la experiencia en otras categorías:** *la existencia o inexistencia de equivalencia o igualdad funcional entre las categorías viene determinada por el juicio al que se llegue sobre el contenido material de las que se confrontan efectivamente desempeñado por quien pretende la valoración del mérito, sin que sea obstáculo la titulación*

siempre que se posea la exigida por la convocatoria para desempeñar la plaza de que se trate. (STS 20 mayo de 2020, recurso de casación nº 6004/2017)

6º.- Los órganos de selección.

La composición y funcionamiento de los órganos de selección es otra de las claves de bóveda para asegurar el adecuado desarrollo de los procesos selectivos. Sobre esta cuestión, podemos destacar aspectos tales como los siguientes:

- **Obligación de publicar el nombre y los apellidos de los órganos selección (y no simplemente los cargos ostentados).**
- **El desarrollo del proceso selectivo no debe disolver, en la práctica, la distinción entre titulares y suplentes, por la participación indistinta de los mismos en las distintas actuaciones del órgano selectivo** (STS de 31 de julio de 2014, recurso de casación nº 379/2013).
- **Cualificación y especialización del Tribunal, que ha de mantenerse durante todo el proceso selectivo**, aunque hay ocasiones en las que tal principio de especialidad puede decaer (por ejemplo, porque no es posible encontrar especialistas suficientes), siempre y cuando las bases prevean tal eventualidad (STS de 23 de octubre de 2012, recurso de casación nº 5819/2011).
- **Composición equilibrada entre mujeres y hombres, sin perjuicio de las posibles excepciones que pueden concurrir, por ejemplo, por cambio de composición sobrevenida:** *“Hemos visto que la composición del tribunal calificador, inicialmente equilibrada según la relación legalmente establecida 60%-40%, pasó a ser, en vez de dos hombres y tres mujeres, la de cuatro mujeres y hombre. Para la sentencia esta composición del tribunal que actuó es contraria al principio de composición equilibrada. A juicio de la Sala, no cabe establecer una solución general sobre el respeto a dicho principio en los casos en que, como aquí, ha sucedido, por cualquier causa legalmente prevista, se producen modificaciones en un tribunal calificador cuya composición inicial era equilibrada desde el punto de vista que estamos contemplando y suponen que deje de serlo. Es decir, que no respete la relación 60%-40% de mujeres y hombres como máximo y mínimo. Pueden,*

en efecto, concurrir circunstancias que hagan imposible mantenerla o que no deban reputarse contrarias al fin perseguido.” (STS de 8 de octubre de 2020, recurso de casación nº 2135/2018).

- **Prohibición de participación de altos cargos, cargos electivos, funcionarios interinos y personal eventual (artículo 60.2 TRBEP).** Esta prohibición no alcanza a funcionarios de carrera que ejerzan sus funciones ocupando puestos de libre designación mediante convocatoria pública y así se prevea en las relaciones de puestos de trabajo. (STS de 30 de septiembre de 2021, recurso de casación nº 8223/2019).
- **Pertenencia al órgano de selección a título individual (artículo 60.3 TRBEP), lo que excluye la participación en representación de intereses corporativos, asociativos, de partidos políticos etc.**
- **Imparcialidad y supuestos de abstención y recusación.**

Hay que estar a los supuestos del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, según la jurisprudencia, son de interpretación restrictiva (por todas, STS de 11/12/2008 -recurso de casación nº 158/2004 - y de 18/03/2009 -recurso 43/2004 -). Aun así, abogamos una interpretación de este artículo en clave de integridad, que minimice cualquier riesgo de contaminación por parte de los tribunales. Conforme a ello, podemos señalar los siguientes aspectos críticos.

- El vínculo familiar no suele plantear excesivos problemas interpretativos pero, en todo caso, exige una interpretación rigurosa, dada las fuertes implicaciones en términos de nepotismo.
- **Sobre el concepto de amistad íntima**, la STS de 4 de octubre de 2010 (recurso de casación nº 1227/2007) **remarca que no basta con *la simple amistad sino la "amistad íntima"*, lo cual significa que no basta cualquier relación de conocimiento sino que es necesario que concurren (y se acrediten) unas circunstancias de hecho que revelen en el ámbito de la vida personal, ajeno al de la profesión, la proximidad y la estrecha vinculación que las actuales pautas sociales exigen para apreciar ese elevado nivel de amistad que resulta necesario para merecer**

la calificación de "íntima" (circunstancias como pueden ser, entre otras, la coincidencia de manera repetida o habitual en los tiempos y actividades de ocio, en celebraciones familiares, etc.).

- **Por cuestión litigiosa pendiente con algún interesado, debemos entender la existencia de un procedimiento administrativo o judicial en curso**, aunque puede haber supuestos especiales como, por ejemplo, denuncias o querellas manifiestamente infundadas o la interposición de un recurso con la finalidad expresa de provocar la causa de recusación.
- **Prohibición de integración de los preparadores de oposiciones que, a nuestro juicio, debe interpretarse en un sentido muy amplio, tratando de evitar la participación en procesos selectivos, casi con carácter absoluto.**

7º.-Superación jurisprudencial de la supuesta inmunidad jurisdiccional del juicio de discrecionalidad técnica

La teoría de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración en el desarrollo del cometido de valoración ha experimentado una evolución en los últimos años, tendente a superar la tradicional y supuesta inmunidad de los poderes públicos respecto a dicha discrecionalidad. Siguiendo a la STS de 17 de diciembre de 2020 (recurso de casación nº 312/2019), dicha evolución puede sintetizarse del siguiente modo:

Primera etapa: *La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las **técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho.***

Segunda etapa: *la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el «núcleo material de la decisión» y sus «aledaños». El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacer lo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades. Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas*

*a delimitarla materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; **esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.** Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad*

Tercera etapa: la motivación del juicio técnico: *“una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate»*

Cuarta y última etapa, la concreción del alcance de la motivación: *“La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál 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 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 la preferencia a un candidato frente a los demás.*

VI. Bibliografía utilizada.

- FERNÁNDEZ DELPUECH, LUCÍA: Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- CHAVES, JOSE RAMÓN: Vademecum de oposiciones y concursos. Actualización legislativa. Editorial Amarante, 2019.

Sevilla, febrero de 2023.