

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



Els arbres que no ens deixen veure el bosc: pas endavant del Tribunal Suprem sobre la desviació processal en processos de provisió i selecció

02-02-2023

La Sentència del Tribunal Suprem –STS- de 12 de desembre de 2022 (rec. 315/2022), que comentem en aquest apunt, dictada amb motiu de la impugnació de la resolució d'un concurs de provisió de llocs de treball del Congrés dels Diputats, va tenir una important repercussió en les xarxes i blogs sobre funció pública perquè va resoldre la impugnació d'un funcionari, que al·legava que es valorés el títol d'arquitecte en un concurs per proveir un lloc de treball d'encarregat de manteniment entre funcionaris d'un cos d'uixers. A banda d'aquesta qüestió principal, la Sentència es pronunciava sobre un aspecte processal d'una importància pràctica molt més interessant. Concretament, sobre l'aplicació de l'anomenada "desviació processal" en els processos de selecció i provisió de llocs de treball. Quan es va dictar la STS, es va posar el focus d'atenció en la controvèrsia sobre la valoració dels mèrits, però no es va prestar atenció a un aspecte al meu entendre molt més rellevant.

La via del recurs administratiu, ja sigui de reposició o d'alçada, té una importància cabdal per concretar els termes en què, si escau, s'ha de produir el debat jurídic en seu contenciosa. Les pretensions exercitades en via administrativa delimiten el contingut del futur debat judicial de tal manera que, com sabem, s'incorre en desviació processal si s'exerciten pretensions en via judicial que no van ser objecte de la resolució administrativa i sobre les quals l'Administració demandada no va tenir ocasió de pronunciar-se.

En la pràctica, ens trobem amb nombrosos casos en què es declaren intermissions de recursos pel fet d'haver inclòs en seu judicial noves pretensions no plantejades en via administrativa, fins i tot quan s'alteren substancialment les pretensions que es van plantejar en via administrativa. No obstant això, en matèria de procediments de concurrència competitiva, especialment processos selectius i de provisió de llocs de treball, no ens trobem amb una jurisprudència massa sòlida i hi ha pocs pronunciaments que abordin directament aquesta problemàtica. Aquest és el cas de la STS de 12 de desembre de 2022, que comentarem tot seguit.

La desviació processal a la normativa i la jurisprudència

L'article 69 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa –LJCA-, no disposa expressament la desviació processal com a causa d'inadmissió de la demanda. No obstant això, la jurisprudència aplica aquesta figura i la fa encaixar a la lletra c del precepte esmentat, que declara la inadmissibilitat del recurs quan aquest tingui per objecte disposicions, actes o actuacions no susceptibles d'impugnació.

Per la seva banda, l'article 56.1 de la LJCA incorpora un element important relatiu a la desviació processal en disposar que en els escrits de demanda i contestació, "s'hi han de consignar amb la separació deguda els fets, els fonaments de dret i les pretensions que es dedueixin, en justificació de les quals **es poden al·legar tots els motius que siguin procedents, tant si han estat plantejats o no davant l'Administració**". S'observa la diferència entre les pretensions i els motius, de tal manera que per apreciar correctament la desviació processal s'ha de parlar d'atenció a l'existència d'alteracions substancials dels fets o de la petició o peticions formulades en via administrativa, de tal manera que no hi ha desviació quan s'incorporen nous arguments no al·legats en via administrativa que tenen per objecte fonamentar jurídicament la pretensió ja adduïda en seu administrativa. El TS, en la Sentència de 9 de novembre de 2015, ho resumeix sintèticament: "[...] lo importante y decisivo desde el punto de vista del pretendido carácter revisor de la Jurisdicción es que no haya variación sustancial de los hechos ni de la petición deducida ante la Administración."

El TC s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en la STC 158/2005, de 20 de juny, en què declara que mentre que els fets "no poden ser alterats en via jurisdiccional, sí que es poden addicionar o canviar els arguments jurídics que donen suport a l'única pretensió exercitada".

En resum, el caràcter revisor de la jurisdicció contenciosa impedeix plantejar fets nous o pretensions noves (o amb alteració substancial) que no s'hagin substanciat prèviament en via administrativa; sí que permet, però, plantejar nous arguments jurídics que fonamentin la pretensió inicial.

De tot plegat podem concloure, com exposem en el títol d'aquest apunt, que la fixació correcta dels fets i les pretensions fixades en els recursos administratius és determinant per delimitar un futur debat judicial, de tal manera que l'alteració dels fets i les pretensions exercitades prèviament en la via administrativa pot comportar la inadmissió del recurs contenciós sense obtenir un pronunciament sobre el fons de l'assumpte.

Desviació processal i procediments de concurrència competitiva: el cas de la STS de 12 de desembre de 2022
La STS de 12 de desembre de 2022 aplica la desviació processal en un procediment de concurs de mèrits i capacitats. En seu administrativa, la part ara demandant va impugnar la resolució del concurs amb la pretensió que es declarés la il·legalitat de l'acord del secretari general del Congrés que va resoldre el concurs de provisió del lloc de treball d'encarregat supervisor de la Unitat de Manteniment, i va discutir per diferents motius la correcció i la puntuació que se li va atorgar pels mèrits "d'experiència fora de les Corts" i "perfeccionament", amb petició expressa que s'adjudiqués la plaça al recurrent en detriment d'una altra persona que havia obtingut més puntuació.

Doncs bé, un cop desestimat el recurs administratiu corresponent, es formula una demanda contenciosa amb la mateixa pretensió de declaració d'il·legalitat de la resolució administrativa i d'adjudicació de la plaça controvertida al demandant, però es qüestiona no només la puntuació

atorgada al demandant pels mèrits esmentats, tal com va fer en via administrativa, sinó també la puntuació atorgada a la persona adjudicatària per un dels mèrits relatiu a l'apartat de "perfeccionament", i d'aquesta manera s'introdueix una qüestió nova no plantejada en via administrativa. El demandant mateix reconeix que aquesta al·legació no es va plantejar en via administrativa, però que aquesta circumstància no és impeditiva per suscitar-la en la demanda, atès que tant la pretensió formulada en el recurs contenciós com en via administrativa és idèntica: anul·lar la resolució del concurs i reconèixer el dret de la persona demandant que li sigui adjudicada la plaça. La defensa de l'Administració objecta que la discussió sobre la puntuació de l'aspirant adjudicatari és una al·legació formulada per primer cop, sense que hagués estat mencionada en via administrativa.

El TS, contràriament al que sosté la demanda, no té dubtes sobre això i declara expressament (FJ 6) que:

"Es claro que el recurrente incurre en desviación procesal: es verdad que la pretensión formulada en el escrito de demanda coincide con lo que pidió en vía administrativa; pero es igualmente cierto que, al introducir ahora un reproche que la Administración parlamentaria no pudo tomar en consideración al confirmar la resolución impugnada, el recurrente altera sustancialmente los términos del debate. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la tacha que ahora dirige al modo en que se resolvió el concurso nada tiene que ver con los otros motivos en que se apoya este recurso contencioso-administrativo: una cosa es sostener que se han dejado de valorar los propios méritos, y otra distinta afirmar que se han valorado incorrectamente los méritos del competidor. Más aún, en la vía administrativa dijo el recurrente que no tenía objeciones al modo en que había sido aplicado el baremo, excepto naturalmente en lo relativo a los méritos que a él no se le habían valorado; lo que significa que, al decir ahora otra cosa, de alguna manera viene contra sus propios actos."

La part demandant va tenir ocasió, amb motiu del recurs administratiu previ, de discutir la puntuació que se li havia atorgat per qualsevol dels mèrits establerts a les bases de la convocatòria i, fins i tot, d'impugnar les qualificacions atorgades a la resta d'aspirants, especialment a la persona que va resultar finalment adjudicatària del lloc convocat. No ho va fer així i només va reaccionar davant les qualificacions que s'havien atorgat a la valoració dels seus propis mèrits, i va circumscriure el debat a la valoració dels seus mèrits relatius a "l'experiència fora de les Corts" i al "perfeccionament". Amb aquesta actuació en via administrativa va delimitar els contorns d'un futur debat contenciós i va tancar la porta a una futura discussió sobre les valoracions d'altres mèrits, així com a la discussió de les puntuacions d'altres candidats.

El caràcter revisor de la jurisdicció contenciosa és el que cal preservar i el que dona sentit al sistema dels recursos administratius, atès que la seva finalitat quedaria seriosament compromesa si en la via contenciosa es poguessin introduir fets i pretensions noves sense cap relació amb les plantejades prèviament en via administrativa. No ens podem conformar a sostenir que la desviació processal es produeix únicament i exclusivament quan hi ha un canvi en les pretensions exercides en via administrativa i en seu judicial, sinó també quan canvien els fets i la causa de demanar, perquè l'actor altera la causa de demanar si canvia alguns dels fets fonamentals esgrimits en via administrativa, sens perjudici que res no impedeix òbviament l'alteració de la

manera de qualificar-los jurídicament. La pretensió d'anul·lació d'un nomenament, idèntica en via administrativa i en via contenciosa, no és suficient per descartar la desviació processal, perquè caldrà sustentar-la en els mateixos fets i causa de demanar.

La STS de 15 de març de 2021 (rec. 7/2020) és il·lustrativa d'aquesta línia jurisprudencial. D'acord amb aquesta Sentència no és possible qüestionar la correcció de determinades preguntes d'una prova selectiva en via contenciosa si prèviament no han estat objecte de revisió en via administrativa. Diu així:

"Se aprecia, por tanto, la concurrencia de una desviación, fundada en la falta de correspondencia sustancial, por la introducción, ahora, de pretensiones no formuladas en la vía administrativa. Teniendo en cuenta que el planteamiento de pretensiones nuevas, ajenas a lo suscitado en la vía previa y no conectadas con lo allí suscitado, toda vez que cada pregunta tiene su propia y específica sustantividad, constituye un defecto insubsanable que afecta al objeto del recurso contencioso-administrativo, dentro del que se ejercitan las pretensiones de la parte recurrente y la decisión del órgano jurisdiccional. El presente recurso, en consecuencia, resulta admisible únicamente respecto de las impugnaciones relativas a las preguntas número 17 y 87 de las formuladas en el primer ejercicio."

L'excepció: el dret a la tutela judicial efectiva sense indefensió

Aquesta conclusió, és a dir, que el debat processal s'ha de circumscriure als fets i a les pretensions suscitats en via administrativa, troba una limitació en el dret a la tutela judicial efectiva quan no ha estat possible exercir en via administrativa el dret de defensa per un tercer. Aquest és el cas plantejat en la STS de 7 de maig de 2019 (rec. 197/2017), que confirma la possibilitat de la persona demandada d'introduir nous elements de judici perquè no va tenir ocasió de fer-ho al moment oportú, en els termes següents:

"En efecto, como bien dice, **no podía impugnar la resolución del concurso, pues le fue favorable y si ahora no pudiera cuestionar la calificación que se le dio al Sr. Luis María se le causaría perjuicio** ya que está en discusión la adjudicación que se hizo en su favor de la plaza convocada. La Sala, en supuestos semejantes a este, ha considerado ya que la posición del recurrido cuando se enjuicia un procedimiento de concurrencia competitiva no puede limitarse a la defensa de la actuación de la Administración, sino que su derecho a la tutela judicial efectiva comprende la revisión de aspectos no cuestionados por la demanda pero que inciden directamente en la decisión del litigio de manera que, de no llevarla a cabo, le dejarían indefenso."

En aquesta mateixa línia, ens trobem amb la STS de 21 de novembre de 2012 (rec. 961/2020):

"Pues bien, ni cabe reprochar a la recurrente que no impugnara o cuestionara los resultados reflejados en la primera lista de aspirantes admitidos ni cabe negarle su derecho a que, **una vez modificada aquella a resultas de la estimación de un recurso de alzada que empeoraba sustancialmente la situación de la recurrente en el proceso selectivo**, se abriera para ella el momento de promover la revisión de la puntuación, no solo del aspirante que interpuso el recurso de alzada -como erróneamente sostiene la Sala- sino de cualquier otro que, ahora que ella había sido excluida, se encontrara dentro de la lista de aspirantes seleccionados ya que, en definitiva, no se le puede negar su derecho a defenderse y a cuestionar el resultado de un proceso

selectivo que arroja, por primera vez, un resultado desfavorable para ella en la única vía posible, esto es, la judicial toda vez que tanto la resolución del recurso de alzada como las sucesivas Órdenes adoptadas y también impugnadas por la recurrente ponían fin a la vía administrativa."

Conclusió

Aquest nou pas del TS en matèria de desviació processal confirma, en espera de la doctrina en cassació i amb el que pot comportar si es fa extensiva a la totalitat de procediments de concurrència competitiva, no només que la desviació processal es produeix en cas d'alterar-se les pretensions o els actes impugnats administrativament, sinó també que la fa extensiva, i cal subratllar-ho especialment, quan s'introdueixen nous fets, tot i mantenir-se la mateixa pretensió de fons que la sustentada en via administrativa. El demandant té tota la llibertat de plantejar judicialment tots els arguments jurídics en defensa de la seva pretensió, però no pot alterar substancialment els termes del debat -aquestes són les regles del joc.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la
Direcció General de Funció Pública