

## **Resuelve el TS cuál es el momento en el que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados**

**Casa la Sala la sentencia recurrida que confirmó la resolución que declaró la pérdida de los derechos de la recurrente en el proceso selectivo de personal estatutario convocado por el Servicio Aragonés de Salud, pues, habiendo concurrido por el turno de discapacitados, se produjo la revisión de su grado de discapacidad, que fue reducido cuando el proceso mismo no estaba aún terminado y no había tenido lugar la toma de posesión, por lo que no cumplía las bases de la convocatoria que exigían que los requisitos en ellas establecidas debían mantenerse hasta el momento de la toma de posesión.**

La Sala resuelve cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados. Al respecto declara que, aunque el mismo es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente, ello no es obstáculo para que pueda ser tenido por aprobado en el turno general quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 4.ª**

#### **Sentencia 1370/2023, de 02 de noviembre de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 5386/2021

Ponente Excmo. Sr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

En Madrid, a 2 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5386/2021, promovido por DOÑA Africa, representada por la procuradora de los tribunales doña María del Mar Arnedo Moncayo y defendida por el letrado don José Eugenio Sorolla Parrilla, contra la sentencia n.º 129/2021, de 24 de mayo, de la Sección Segunda de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso n.º 343/2019.

Siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN (SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD), no personada en las presentes actuaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 24

de mayo de 2021 que desestimó el recurso planteado por doña Africa, contra la orden de 9 de febrero de 2018 del Consejero de Sanidad por la que se resolvió su recurso de alzada interpuesto, a su vez, contra la resolución de 3 de agosto de 2017 de la Dirección de Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se nombra personal estatutario fijo y se adjudican plazas a los aspirantes aprobados en el proceso selectivo convocado por resolución de 25 de junio de 2015.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo, número 343/2019, interpuesto por Da. Africa contra la Orden de 9 de febrero de 2018 del. Consejero de Sanidad del Gobierno de Aragón, que confirmamos íntegramente.

SEGUNDO.- Sin imposición de costas. [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de doña Africa, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente a doña Africa.

No habiéndose personado el Gobierno de Aragón como recurrido.

CUARTO.- Por auto de 30 de marzo de 2023, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] 2.º) Precisar que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es que se determine si, en virtud del principio de seguridad jurídica, en los procesos selectivos que prevean turnos reservados a personas con un determinado grado de discapacidad, tal requisito se debe poseer el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes, o también mantenerse hasta el momento de la toma de posesión.

3.º) Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos. 9.3 y 14 de la Constitución. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] esta parte recurrente SOLICITA RESPETUOSAMENTE A LA SALA:

1) Que mediante el presente escrito tenga por presentado y formalizado el recurso de casación contra la Sentencia número 129/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de 24 de mayo de 2021, recurso número 343/2019.

2) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

3) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia;

4) y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Orden de 9 de febrero de 2018 del Consejero de Sanidad del Gobierno de Aragón, en materia de nombramiento de personal estatutario fijo, anulándola y declarando la recuperación de los derechos derivados de la participación en dicho proceso selectivo. [...]"

SEXTO.- No estando personado el recurrido y de conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 7 de julio de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 31 de octubre de 2023, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de doña Africa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de mayo de 2021.

Los antecedentes del asunto son como sigue. La recurrente se presentó, por el turno de discapacitados, a un proceso selectivo de personal estatutario convocado por el Servicio Aragonés de Salud (Grupo Administrativo). En el momento de presentación de la solicitud tenía reconocida una discapacidad del 33% por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Según se desprende de las actuaciones, la discapacidad consistía en una enfermedad del aparato digestivo, junto con problemas de movilidad en los brazos. Dicha declaración de discapacidad estaba sujeta a revisión al cabo de dos años, lo que significa que debía revisarse en 2017.

La recurrente superó todas las pruebas del proceso selectivo. En ese momento todavía era válida su declaración de discapacidad del 33%. Pero pocos días después, en mayo de 2017, hubo de someterse a la arriba mencionada revisión por parte del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que concluyó con una reducción de su discapacidad al 15%. Este porcentaje de discapacidad está por debajo del mínimo que las bases de la convocatoria establecían para participar en el proceso selectivo por el turno de discapacitados. Como consecuencia de ello, mediante resolución de la Dirección-Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 3 de agosto de 2017 se declaró la pérdida de sus derechos en el proceso selectivo; y ello porque las bases de la convocatoria exigían que los requisitos en ellas establecidos debían "mantenerse hasta el momento de la toma de posesión". En otras palabras, si bien las pruebas del proceso selectivo habían concluido cuando se produjo la revisión del grado de discapacidad, el proceso selectivo mismo no estaba aún terminado y, desde luego, no había tenido lugar todavía la toma de posesión de los adjudicatarios de las plazas.

Disconforme con ello, la recurrente acudió a la vía jurisdiccional, donde su recurso contencioso-administrativo fue desestimado por la sentencia ahora impugnada. Esta cita sentencias de otras Salas territoriales de lo Contencioso-Administrativo que, habiendo debido enfrentarse a una cuestión similar, concluyeron que debe estarse a lo establecido en las bases de la correspondiente convocatoria y, por consiguiente, que no cabe relajar o eludir la exigencia de que los requisitos se mantengan hasta el momento de la toma de posesión. Reconoce, sin embargo, que a este respecto existe un pronunciamiento discordante, recogido en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2018. Por lo demás, la sentencia ahora impugnada alude a nuestra sentencia de 18 de abril de 2012 (rec. n.º 1890/2010), según la cual quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados queda vinculado a las condiciones establecidas para el mismo. Y añade algunas consideraciones sobre los principios de

seguridad jurídica e igualdad en el acceso a las funciones públicas, que -siempre a juicio de la Sala de instancia- podrían verse afectados si se hiciese una aplicación laxa o flexible del grado de discapacidad exigido.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 30 de marzo de 2023. La cuestión declarada de interés casacional objetivo es determinar cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados.

TERCERO.- El escrito de interposición del recurso de casación se apoya fundamentalmente en la argumentación de la arriba mencionada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha de 29 de octubre de 2018. Esta afirma que, dentro de los requisitos establecidos por las bases de la convocatoria de un proceso selectivo al empleo público, debe trazarse una distinción entre requisitos de participación y requisitos para el ejercicio del cargo o función. Requisitos de participación serían los relativos al procedimiento mismo, tales como cumplimentar la solicitud en el formato previsto, abonar los derechos de examen, acudir a las pruebas en el día y hora fijados, etc. Requisitos para el ejercicio del cargo o función serían, en cambio, los necesarios para el desempeño de la plaza si se supera el proceso selectivo, tales como ser ciudadano de la Unión Europea y mayor de edad, tener determinada titulación académica, no padecer determinadas carencias físicas, etc.

Pues bien, con base en esta distinción, la citada sentencia de 29 de octubre de 2018 sostiene que el mantenimiento del porcentaje de discapacidad exigido por las bases de la convocatoria para participar en el proceso selectivo por el turno de discapacitados es un requisito de participación; y no un requisito para el ejercicio del cargo o función. Así lo demostraría, a su juicio, que la disminución posterior del porcentaje de discapacidad no impediría -como es obvio- el correcto desempeño de la plaza. De aquí que el cumplimiento de este requisito deba referirse al momento de presentación de la solicitud de participación en el proceso selectivo y de la consiguiente aprobación del listado de aspirantes admitidos, sin que la reducción posterior del porcentaje de discapacidad sea relevante. A este respecto añade que merece tutela quien de buena fe acude a un proceso selectivo invocando el porcentaje de discapacidad que efectivamente tiene reconocido. Lo contrario, siempre según la referida sentencia de 29 de octubre de 2018, atentaría contra el principio de seguridad jurídica y penalizaría a quien ha ganado un proceso selectivo.

CUARTO.- La Comunidad Autónoma de Aragón no ha formulado escrito de oposición al presente recurso de casación.

QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, esta Sala -con la matización que luego se dirá- considera jurídicamente correcto el razonamiento seguido por la sentencia impugnada. Es criterio jurisprudencial absolutamente claro y constante que las bases de la convocatoria son "la ley" en los procesos selectivos para el empleo público, al igual que en otros procedimientos de índole concurrencial. Y ello debe ser así, sin dejar espacio a la apreciación subjetiva de cada caso, porque lo contrario conduciría inevitablemente a la incertidumbre, la desigualdad y la arbitrariedad. Cuando se compite, las reglas deben ser limpias, transparentes y cristalinas.

La única excepción jurisprudencialmente admitida a la intangibilidad de las bases de la convocatoria viene dada, como es bien conocido, cuando las bases mismas o la aplicación que la Administración hace de ellas vulneran un derecho fundamental, que es normalmente el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado por el art. 23.2 de la Constitución. Pero que las bases de una convocatoria dispongan que el porcentaje de discapacidad requerido para participar por el turno de discapacitados debe mantenerse hasta el momento de la toma de posesión no atenta en absoluto contra ningún derecho fundamental, ni desde luego resulta contrario al derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Por tanto, no estamos aquí en

presencia del supuesto en que cabe relajar el criterio jurisprudencial de las bases de la convocatoria como ley del proceso selectivo.

Hay, además, otras dos razones por las que el razonamiento de la sentencia impugnada es jurídicamente correcto. Una es que la distinción, dentro de los requisitos establecidos en las bases de las convocatorias, entre requisitos de participación y requisitos para el ejercicio del cargo o función no tiene ningún apoyo en la legislación vigente. Por no mencionar que, para que dicha distinción fuera operativa y justa, habría que delimitar por adelantado y de manera explícita qué requisitos pertenecen a cada una de esas dos clases. La variedad de la casuística en oposiciones y concursos es enorme, por lo que en punto al cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria no cabe -en ausencia de una norma que lo permita- remitirse a la prudente valoración de la autoridad administrativa o judicial.

La otra razón es que en casos como el aquí examinado, en que el porcentaje de discapacidad puede variar con el tiempo, la invocación del principio de seguridad jurídica hecha por el recurrente pierde fuerza. Nadie niega la buena fe ni el esfuerzo de la recurrente, que en el momento de presentarse al proceso selectivo por el turno de discapacitados y durante el desarrollo de las pruebas tenía reconocido el porcentaje de discapacidad requerido. Pero es igualmente innegable que sabía que su discapacidad estaba sujeta a revisión al cabo de dos años. Hay aquí cierta analogía con la diferencia que, en materia de responsabilidad civil, suele hacerse entre daños permanentes y daños continuados: el grado de discapacidad del recurrente no estaba aún definitivamente fijado cuando se presentó al proceso selectivo, existiendo la posibilidad de que su situación mejorase. Este es un dato que conocía o debía conocer y, por consiguiente, ha de entenderse que optó por el turno de discapacitados a su propio riesgo y ventura.

SEXTO.- Una vez sentado todo lo anterior y reiterando que el razonamiento de la sentencia impugnada es esencialmente correcto, hay un punto que esta Sala no puede pasar por alto, a saber: la recurrente superó todas las pruebas del proceso selectivo y la reducción del porcentaje de discapacidad reconocido tuvo lugar algún tiempo más tarde. En estas circunstancias puede resultar desproporcionado declarar pura y simplemente la pérdida de sus derechos por incumplimiento de las bases de la convocatoria, sin comprobar previamente que con la puntuación obtenida no habría podido ser aprobado y obtener plaza por el turno general.

Quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados no se ve eximido de superar las mismas pruebas que quienes acuden por el turno general. Simplemente hay un determinado número de plazas reservadas para quienes tienen el correspondiente grado de discapacidad, y las que no sean adjudicadas dentro de ese turno acrecen al turno general. Es posible, así, que quien ha superado las pruebas en el turno de discapacitados tenga mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o simplemente que en el turno general hayan quedado plazas sin cubrir. Si alguna de estas circunstancias se produce, no hay ninguna razón válida para no tener por aprobado en el turno general a quien superó todas las pruebas en el turno de discapacitados.

En este sentido, sin separarse de la idea de que ha de estarse a las bases de la convocatoria, la sentencia impugnada habría debido indagar si era viable una solución más ajustada al principio de proporcionalidad, proclamado por el art. 4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Al no haberlo hecho así debe ser casada para que, con retroacción de las actuaciones compruebe la Sala de instancia si la recurrente tuvo mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o si en este quedaron plazas sin cubrir; y si alguna de estas circunstancias concurriera, declarar su derecho a ser tenida por aprobada en el proceso selectivo.

SÉPTIMO.- A la vista de lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria

correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

OCTAVO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

### **FALLO**

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de doña Africa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de mayo de 2021, que anulamos.

SEGUNDO.- Acordar la retroacción de las actuaciones a la Sala de instancia a fin de que, tras comprobar si el recurrente obtuvo mejor puntuación que alguno de los aprobados en el turno general o si en este quedaron plazas sin cubrir, dicte nueva sentencia.

TERCERO.- No hacer imposición de las costas.

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

Así se acuerda y firma.