



INFORME EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR OSAKIDETZA SOBRE LA POSIBILIDAD DE MANTENER LA NOTA OBTENIDA EN LA FASE DE OPOSICIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA DE OSAKIDETZA 2016-2017

50/2019 DDLCN - OL

ANTECEDENTES

Por Osakidetza-Servicio vasco de salud se solicita informe sobre la posibilidad de mantener la nota obtenida en la fase de oposición de la oferta pública de Osakidetza 2016-2017.

Se acompaña a la solicitud de informe la siguiente documentación:

- “Informe Jurídico relativo a la posibilidad por quienes participen en una OPE de Osakidetza de optar por mantener la nota superior que obtengan en la fase de oposición”, emitido por la Subdirectora de la Asesoría Jurídica de Osakidetza con fecha 4 de marzo de 2019.
- Asimismo, para la realización del presente informe hemos contado con el Informe emitido por el Ararteko Intervención de oficio de la institución del Ararteko en relación con la OPE de Osakidetza 2016-2017
- Asimismo, hemos contado con el informe “Propuestas y recomendaciones para redefinir los procedimientos de selección en Osakidetza-Sistema vasco de salud (particularmente en lo que afecta al acceso a la condición de facultativos especialistas médicos)” realizado por el Catedrático de Derecho Administrativo, Rafael Jiménez Asensio, fechado en Donostia-San Sebastián el día 31 de octubre de 2018.

Se emite el presente informe en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 8.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en relación, ambos, con el artículo **6.1 h) del Decreto 24/2016**, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación,



supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y con el artículo **12.1.a) del Decreto 71/2017**, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

LEGALIDAD

1.- Sobre la cuestión sometida a consulta.

Mediante Resolución 103/2018, de 5 de febrero, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, se aprueban las bases generales que han de regir los procesos selectivos para la adquisición del vínculo estatutario fijo en Osakidetza-Servicio vasco de salud convocados en los años 2016 y 2017 (BOPV 8-2-2018).

La Base 12.6 contempla el supuesto del mantenimiento de la nota de la oposición en los siguientes términos:

12.6.– Posibilidad de optar por mantener la nota de la fase oposición.

La persona que, reuniendo los debidos requisitos de participación, tome parte tanto en la OPE 2016-2017 como en la futura OPE 2018-2019, podrá acogerse a una de las siguientes opciones:

Opción A.– Conservar para la OPE 2018-2019 la nota obtenida en la fase de oposición del proceso selectivo de la OPE 2016-2017. Para ello, será necesario que la persona que haga uso de esta opción reúna todos los siguientes requisitos:

a) Haber aprobado la fase de oposición de la OPE 2016-2017.

b) Que se inscriba y abone las tasas de la OPE 2018-2019.

c) Que indique expresamente la opción de conservación de la nota de la OPE 2016-2017 en su solicitud de participación en la OPE 2018-2019.

En este supuesto, a quien por cualquier circunstancia realice las pruebas correspondientes a la fase de oposición de la OPE 2018-2019, se le aplicará el tratamiento de la Opción B, de tal manera que se le asignará directamente la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos, siempre y cuando tenga la condición de aprobado en los mismos.

Opción B.– Realizar las pruebas de la fase de oposición correspondientes a la OPE 2016-2017 y a la OPE 2018-2019, tras lo cual se le asignará directamente para la OPE 2018-2019 la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos. Para poder acogerse a esta opción,

resultará necesario haber aprobado los procesos selectivos correspondientes a las OPEs 2016-2017 y 2018-2019.

No obstante, a quien habiendo elegido la Opción B no realizara el examen de la fase de oposición de la OPE 2018-2019, se le aplicarán los criterios de conservación de nota establecidos en la opción A, siempre que tuviera la condición de aprobado en la fase de oposición de la OPE 2016-2017.

En todo caso, dichas opciones únicamente serán de aplicación en la convocatoria inmediatamente posterior, esto es, en la OPE 2018-2019, siempre y cuando el contenido del temario y de los ejercicios, y la forma de calificación de los mismos sean análogos.

Esta previsión incluida en las Bases Generales tiene su fundamento en el Preacuerdo suscrito el 23 de junio de 2017 por Osakidetza con las organizaciones sindicales SATSE, SME y UGT.

El citado Preacuerdo prevé expresamente que *“las personas que participen tanto en la OPE 2016-2017 como en la prevista futura OPE 2017-2018 podrán optar por mantener la nota superior que obtengan en la fase de oposición de dichos procesos selectivos. Esta medida estará sujeta en todo caso a que su aplicación sea posible legalmente”*.

Posteriormente, en el BOPV de 31-1-2018, se publica el “ACUERDO de 25 de enero de 2018, del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por el que se aprueban diversos criterios sobre inclusión de plazas y desarrollo del proceso selectivo, correspondiente a la oferta pública de empleo 2016-2017 de Osakidetza-Servicio vasco de salud”.

El punto Quinto del Acuerdo recoge la siguiente previsión:

Quinto.– La persona que reuniendo los debidos requisitos de participación, tome parte tanto en la OPE 2016-2017 como en la futura OPE 2018-19, podrá acogerse a una de las siguientes opciones:

Opción A.– Conservar para la OPE 2018-2019 la nota obtenida en la fase de oposición del proceso selectivo de la OPE 2016-2017. Para ello, será necesario que la persona que haga uso de esta opción reúna todos los siguientes requisitos:

a) Haber aprobado la fase de oposición de la OPE 2016-2017.

b) Que se inscriba y abone las tasas de la OPE 2018-2019.

c) Que indique expresamente la opción de conservación de la nota de la OPE 2016-2017 en su solicitud de participación en la OPE 2018-2019.

En este supuesto, a quien por cualquier circunstancia realice las pruebas correspondientes a la fase de oposición de la OPE 2018-2019, se le aplicará el tratamiento de la Opción B, de tal manera que se le

asignará directamente la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos, siempre y cuando tenga la condición de aprobado en los mismos.

Opción B.– Realizar las pruebas de la fase de oposición correspondientes a la OPE 2016-2017 y a la OPE 2018-2019, tras lo cual se le asignará directamente para la OPE 2018-2019 la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos. Para poder acogerse a esta opción, resultará necesario haber aprobado los procesos selectivos correspondientes a las OPEs 2016-2017 y 2018-2019.

No obstante, a quien habiendo elegido la Opción B no realizara el examen de la fase de oposición de la OPE 2018-2019, se le aplicarán los criterios de conservación de nota establecidos en la opción A, siempre que tuviera la condición de aprobado en la fase de oposición de la OPE 2016-2017.

En todo caso, dichas opciones únicamente serán de aplicación en la convocatoria inmediatamente posterior, esto es, en la OPE 2018-2019, siempre y cuando el contenido del temario y de los ejercicios, y la forma de calificación de los mismos sean análogos.

Por tanto, vemos que ***las Bases Generales recogen exactamente la previsión contenida en el Acuerdo de 25 de enero de 2018.***

Asimismo, otro dato a tener en cuenta es que (o, por lo menos, nada de esto se nos ha transmitido por Osakidetza) ni el Acuerdo de 25 de enero de 2018, ni las Bases Generales aprobadas por la Resolución 103/2018, de 5 de febrero, han sido recurridas en dicho extremo, ofreciéndose en ambos supuestos la posibilidad de proceder a su impugnación, por lo que nos encontramos ante unos actos firmes y consentidos en relación con la posibilidad de ejercitar la opción que ofrecía la Base 12.6.

2. Sobre la conformidad a derecho de la Base General 12.6.

Desconocemos las razones por las que se ha suscitado la duda a Osakidetza sobre la conformidad a derecho de la Base General 12.6, cuando la misma, además, fue objeto de la aprobación por un Acuerdo de dicho Ente. No consta que haya habido un pronunciamiento judicial que pudiera cuestionar la misma y, como decimos, tampoco ha sido impugnada.

No obstante, las incidencias producidas en el procedimiento selectivo (de general y público conocimiento) que han motivado, entre otras consecuencias, la intervención del Ararteko y la elaboración del informe “Propuestas y recomendaciones para redefinir los procedimientos de selección en Osakidetza-Sistema vasco de salud (particularmente en lo que afecta al acceso a la

condición de facultativos especialistas médicos)” realizado por el Catedrático de Derecho Administrativo, Rafael Jiménez Asensio, parecen estar en el cuestionamiento que se hace ahora de la Base General 12.6 mencionada.

En efecto, en ambos informes se aboga por un nuevo diseño o planteamiento de los procesos de selección en Osakidetza, nueva configuración que puede chocar con las bases generales aprobadas.

En este sentido, la propuesta 41 de las que se efectúan en el citado Informe “Propuestas y recomendaciones para redefinir los procedimientos de selección en Osakidetza-Sistema vasco de salud”, expresamente señala lo siguiente:

*41.- Diferenciar las medidas de innovación según el momento de su aplicación. La próxima Oferta de Empleo Público 2018-2019 debería incorporar mejoras sustantivas en diferentes pruebas de los procesos con el fin de incrementar los coeficientes de validez y predicción de tales ejercicios (escritos, prácticos o psicotécnicos). (...) **También cabría cuestionar que el personal facultativo que ha superado la oposición en la convocatoria de 2018 pueda guardar esa calificación para la siguiente convocatoria, pues esa medida tiene complejo encaje en la doctrina jurisprudencial y, además, congela la introducción de elementos de innovación.** (...)*

De ello es también consciente el Informe del Ararteko, que indica que *“las medidas orientadas a introducir posibles cambios o mejoras en la configuración de las pruebas y de los procesos selectivos es evidente que se van a encontrar con importantes y serias limitaciones, puesto que, tanto en el escenario de repetición de pruebas como en el escenario de pruebas selectivas correspondientes a categorías específicas ya incluidas en la OPE 2016-2017 y todavía pendientes de celebración, **tales medidas no van a poder apartar de las previsiones recogidas en unas bases generales que, a día de hoy, se mantienen firmes y consentidas.**”* (página 34)

Prosigue dicho Informe indicando que, las mejoras que se puedan proyectar con vistas a la próxima OPE 2018-2019 deberán tener en cuenta los compromisos alcanzados previamente con la representación sindical, para añadir que *“el punto más delicado lo constituye el compromiso alcanzado con la representación sindical, que permite conservar la nota obtenida en la OPE*

2016-2017 para esta nueva OPE 2018-2019, puesto que supone un serio condicionante a efectos de introducir posibles innovaciones. No obstante, las propias bases generales advierten que las distintas opciones que llevan aparejada la posibilidad de optar por mantener esta nota de oposición “únicamente serán de aplicación en la convocatoria inmediatamente posterior, esto es, en la OPE 2018-2019, siempre y cuando el contenido del temario y de los ejercicios y la forma de calificación de los mismos sean análogos”.

Hechas estas consideraciones previas, analizaremos la Base general cuestionada, si bien para esta tarea contamos con el Informe Jurídico emitido por la Jefa de la Asesoría Jurídica de Osakidetza, que es un riguroso, exhaustivo y bien fundamentado informe y que en gran parte haremos nuestro.

Por último, es necesario realizar aquí otro apunte previo. La cuestión que tenemos que informar no ha sido resuelta por Tribunal alguno por lo que carecemos de antecedentes similares que pudieran facilitarnos la labor y, además, se trata de un asunto complejo jurídicamente y que, seguramente, motivaría opiniones diferentes de los diversos operadores jurídicos, por lo que cualquier conclusión al respecto debe hacerse con prudencia y teniendo en cuenta que no es garantía de un pronunciamiento judicial en el sentido que aquí pueda postularse.

Dicho esto, analizaremos la Base General 12.6.

2.1 Base General 12.6. Opción A). Mantenimiento de la nota obtenida en la OPE 2016-2017

La primera parte de la Base General permite a quien se presente a la convocatoria correspondiente a la OPE 2018-2019, mantener la nota obtenida en la convocatoria correspondiente a la OPE 2016-2017 siempre –claro está- que hubiera aprobado la misma.

Sobre este extremo el Informe Jurídico de Osakidetza hace un exhaustivo estudio para concluir que el mismo es compatible con los artículos 23.2 y 103 de la CE, que garantizan el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

A este respecto, reproducimos el informe citado en los siguientes términos.

<<“PRIMERA.- Sobre las normativas comparadas y su aplicación a la opción A de la base 12.6 de la Resolución 103/2018 sobre "Posibilidad de optar por mantener la nota de la fase oposición".

6. La cuestión relativa a la posibilidad de conservar las notas de un ejercicio de una OPE no es algo nuevo ya que viene siendo admitido con carácter general por diversas Administraciones tanto la General del Estado como otras Autonómicas y Locales.

7. A fin de ejemplarizar (sic) lo anterior, sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden citar para procedimiento abierto o de promoción interna:

- La Orden JUS/1615/2014, de 4 de septiembre, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso por el sistema general de acceso libre y por el sistema de promoción interna, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales (BOE núm. 221, Jueves 11 de septiembre de 2014):

7. Desarrollo del proceso selectivo

7.3 Se establece la conservación de la nota del primer ejercicio, siempre que dicha nota supere el 60 por 100 de la calificación máxima prevista para dicho ejercicio. La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando, el contenido del temario y la forma de calificación de los ejercicios en los que se ha conservado la nota, sean idénticos.

- Real Decreto 1694/2012, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2012 (BOE núm. 313, sábado 29 de diciembre de 2012) reiterado en las siguientes hasta la de para 2017 citada en el oficio por la que se solicita este Informe:

Artículo 4. Criterios generales de aplicación en los procesos selectivos y sobre la publicidad y gestión de los mismos.

Con carácter general, en los procesos selectivos derivados de la presente oferta de empleo público, las bases de convocatoria podrán establecer la conservación de la nota de los ejercicios, siempre que dicha nota supere el 60 por ciento de la calificación máxima. La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando ésta sea análoga en el contenido y en la forma de calificación.

- *DECRETO 34/2015, de 5 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente a plazas de personal funcionario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2015 y el 19/2016, de 25 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente a plazas de personal funcionario y laboral de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2016, (DOG Núm. 47 Martes, 10 de marzo de 2015 y DOG Núm. 45 Lunes, 7 de marzo de 2016):*

Artículo 4. Promoción interna independiente

7. Las convocatorias de procesos selectivos de promoción interna independientes de las de ingreso para personal funcionario, podrán establecer la conservación de la nota de los ejercicios, siempre que dicha nota sea igual o superior al 60 % de la calificación máxima. La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando esta sea análoga en el contenido y en la forma de calificación.

- *DECRETO 14/2011, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2011 (BOCYL núm. 62, miércoles, 30 de marzo de 2011):*

Por otra parte, se continua incentivando la participación de los empleados públicos en los procesos selectivos de promoción interna considerando el artículo 14 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que define la promoción interna como un derecho individual de los empleados públicos, y, asimismo, el Acuerdo Marco sobre los principios de las políticas de función pública para la profundización en la modernización y mejora de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, firmado el 15 de junio de 2009 por la Administración de esta Comunidad y las Organizaciones Sindicales CC.OO., CSI.F y CEMSATSE.

A este fin, para el turno de promoción interna el presente Decreto reserva 360 plazas, distribuidas a partes iguales entre los colectivos de personal funcionario y personal laboral, y facilita la conservación de las notas de los ejercicios superados por los empleados públicos aspirantes de este turno en determinados supuestos.

8. Por otro lado, la Comunidad de Valencia ha regulado esta posibilidad, con carácter general, en el Decreto 3/2017, de 13 de enero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de

selección, provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal de la función pública valenciana (DOGV núm. 7964 de 24.01.2017):

Artículo 10. Las convocatorias

5. Las convocatorias podrán establecer la conservación de la nota de los ejercicios, siempre que dicha nota supere el 60 % de la calificación máxima prevista en el correspondiente ejercicio. La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde la publicación de la relación de personas aprobadas en el proceso selectivo precedente y la publicación de la nueva convocatoria.

9. En este sentido, el DICTAMEN del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana: 2016/0669 (EXPTE: 0734/2016 aprobado por el Pleno el 20 de diciembre de 2016), ASUNTO: Proyecto de Decreto, por el que se aprueba el Reglamento de selección, provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal de la función pública valenciana, en relación con la legalidad del precepto, indica, que: "En el artículo 10.5 (reserva de nota de los exámenes que supere el 60 % de la calificación máxima prevista en el correspondiente ejercicio, en la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando el contenido del temario y la forma de calificación de los ejercicios en los que se ha conservado la nota no hayan tenido modificaciones sustanciales), se sugiere que se fije un plazo temporal de "validez" de la nota; es decir, siempre que la convocatoria siguiente tenga lugar, al menos, en los 2 años (o los que proceda) posteriores".

10. La Comisión Permanente del Consejo de Estado (Núm. de expediente: 98/2009, Referencia: 98/2009) en el Asunto: Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009, dictaminó por unanimidad, en sesión celebrada el día 12 de febrero de 2009, tras examinar la posibilidad de conservación de notas de ejercicios en OPE, que:

"En el párrafo i) del artículo 4 podría tenerse en cuenta la observación formulada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a la vista de que ya ha habido convocatorias en que la conservación de la nota se hace con el aprobado y se aplica a las dos convocatorias inmediatas siguientes de las mismas características, siempre que los criterios de puntuación sean iguales y el contenido de los ejercicios sea idéntico".

11. A este respecto, la observación viene a señalarse en escrito de 30 de enero de 2009 del Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda por el que adjunta el informe

de dicho Ministerio donde, en cuanto a la conservación de la nota de los ejercicios para otros procesos selectivos, considera que no debería cerrarse la posibilidad de que la conservación de la nota se haga con el mero aprobado y de que pueda servir para una segunda convocatoria siguiente como ya se ha hecho en algunos procesos selectivos. Es decir, el Consejo de Estado maneja la legalidad de la medida de conservación de la nota de los ejercicios para otros procesos selectivos.

12. Finalmente, respecto a la incertidumbre que pudiera sugerir la inexistencia de un marco general reglamentario que facilite la toma en consideración de la medida (veamos que la Comunidad de Valencia así lo ha recogido) el Consejo de Estado en el referido Dictamen, acoge la posición expuesta en el Informe de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, de 2 de febrero de 2009, en cuanto a la conservación de la nota, que considera que el párrafo comienza con la expresión "con carácter general" por lo que habrá que estar a las bases específicas de cada convocatoria, que serán informadas por la Dirección General de la Función Pública. En este sentido, el artículo 30.4 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y antes el 15 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, delegan en favor de las convocatorias especificar las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, el plazo de presentación de solicitudes, el contenido de las pruebas de selección, los baremos y programas aplicables a las mismas y el sistema de calificación. Ámbitos estos últimos que habilitan jurídicamente la posibilidad de la conservación de la nota.

13. La aplicación del precepto ha sido analizada en la Sentencia no 159/2017, de 28 de febrero de 2017, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª (Rec. 333/2015; Ponente: María Nieves Buisán García), en recurso presentado frente a la resolución del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 2 de diciembre de 2014 que desestima el recurso de reposición planteado contra la Orden AAA/1262/2014 de 3 de junio de 2014, por la que se convoca proceso selectivo para el ingreso por el acceso libre y promoción interna en el Cuerpo de Ingenieros Agrónomos.

14. En este caso, razona la resolución impugnada que tanto el Real Decreto 264/2011, de 28 de febrero, como el Real Decreto 228/2014, de 4 de abril, que aprueban las ofertas de empleo

público para los años, respectivamente, 2011 y 2014, establecieron la posibilidad de conservar la nota de ejercicios anteriores para la convocatoria inmediatamente siguiente, siempre que se superara un 60% de la calificación máxima. Añadiendo el Real Decreto 264/2011, que "La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando ésta sea análoga en el contenido y en la forma de calificación", y el Real Decreto 228/2014 que "La validez de esta medida será aplicable a la convocatoria inmediata siguiente, siempre y cuando el contenido del temario y la forma de calificación de los ejercicios en los que se ha conservado la nota, sean idénticos".

15. La Audiencia partiendo de la validez de la fórmula empleada dictó sentencia en lo referente a la petición del interesado de entender si los ejercicios eran idénticos o no, a fin de conservar la nota del ejercicio anterior.

16. La Sentencia 254/2016 de 22 de abril de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª (Rec. 10/2015; Ponente: Ilmo.Sr.D. Santiago de Andrés Fuentes), dictada en procedimiento contra la resolución dictada por la Dirección General de la Función Pública (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), fechada el 5 de junio de 2014, en proceso selectivo convocado por Resolución de 10 de septiembre de 2013 para el para Ingreso, como Personal Laboral Fijo, con la Categoría Profesional de Ayudante de Gestión y Servicios Comunes, sujeto al III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual, señala, en cuanto a la conservación de la nota de determinados ejercicios:

Pues bien, entre ellas y como se indicaba al punto 3 y bajo el Título "Solicitudes", se encontraba la opción que se concedía a los aspirantes que hubieran obtenido en el ejercicio de la Fase de Oposición de la convocatoria inmediatamente anterior a la que hoy nos ocupa, la llevada a cabo en el año 2012, una puntuación superior a 60 puntos pero no hubieran resultado adjudicatarios de plaza, opción que consistía en que, o bien podían conservar la puntuación que hubieran obtenido en dicho ejercicio, no teniendo que realizar de nuevo el mismo, siempre que así lo hicieran constar expresamente en su solicitud de participación en el proceso selectivo y, caso de no hacerlo, se entendería que renunciaban a la misma y deberían de realizar de nuevo el ejercicio

Ocurre que la hoy actora, que superó el ejercicio de la Fase de Oposición del inmediato anterior proceso selectivo (el del año 2012), según se indica en la demanda con una valoración de 84 puntos, no hizo uso de la opción de reserva de nota, realizando nuevamente el ejercicio de la Fase de Oposición en el proceso a que vienen referidas las presentes actuaciones, ejercicio en el que obtuvo una valoración de 76 puntos, pero esta circunstancia no supone irregularidad alguna pues la actora, al ejercitar la opción a que hemos aludido, era perfectamente consciente de la eventualidad del resultado adverso que, para sus intereses, la misma podía conllevar y que, efectivamente, acaeció.

El Informe aportado a las actuaciones, con profusión de datos estadísticos, y del que se deduce que las puntuaciones que alcanzaron los opositores en el proceso selectivo convocado por Resolución 10 de Septiembre de 2013 fueron, en general, inferiores a las obtenidas por quienes participaron en el proceso selectivo inmediato anterior, el llevado a cabo en el año 2012, para el acceso, como Personal Laboral Fijo, a la misma Categoría Profesional que el hoy analizado y por personas que acreditasen discapacidad intelectual, lejos de revelar contravención de norma jurídica aplicable alguna, puede tener muchas explicaciones, incluida entre ellas el que el ejercicio propuesto por el Tribunal de Selección actuante en el proceso selectivo ulterior conllevó, en la práctica, mayor dificultad para los opositores participantes en el mismo que el propuesto en el proceso selectivo anterior. Esta conclusión, empero, no es indicativa de contravención alguna del ordenamiento jurídico, ni de agravio comparativo contrario a derecho, pues no puede olvidarse, como se hace, que cada proceso selectivo es independiente de cualquier otro, lo que impide tomar cualquiera de ellos como término de comparación hábil respecto a otro, anterior o posterior, no vinculando las decisiones adoptadas, en el ejercicio legítimo de su discrecionalidad, por la Comisión de Selección de cualquiera de ellos sobre otras Comisiones de Selección designadas para juzgar procesos selectivos distintos, aunque lo sean para el acceso a la misma Categoría profesional y en el ámbito de idéntica Administración Pública.

En cualquier caso, quizás pueda entenderse, y justificarse, la mayor eventual dificultad del ejercicio propuesto ante la masiva participación que se produjo en el proceso selectivo a que viene referido el presente proceso en el que, no se olvide, concurrieron miles de aspirantes y, pese a la dificultad a que se alude, resulta que superaron el ejercicio en cuestión más de 575 opositores, cuando las plazas a cubrir, las que se convocaban, en definitiva, eran únicamente 10. Es más, de los 575 opositores que los superaron 12 de ellos lo fue con 100 puntos, es decir habiendo acertado las 25 preguntas de que constaba el cuestionario propuesto, y otros 31 obtuvieron una puntuación superior a 90 e inferior a 100, es decir acertaron 23 o 24 preguntas de las 25 formuladas.

17. En esta Sentencia, en modo alguno se enjuicia dicha posibilidad conservativa, sino que matiza el procedimiento seguido.

18. Así las cosas, para la aplicación de la opción A de la base 12.6 de la Resolución 103/2018 sobre "Posibilidad de optar por mantener la nota de la fase oposición", desde una perspectiva comparada, no ha existido problema de legalidad alguno para aceptar la posibilidad de conservar la nota de ejercicios anteriores para la convocatoria inmediatamente siguiente. Respecto a la normativa habilitadora, salvo en el caso de la Comunidad de Valencia que ha regulado esta posibilidad, con carácter general en el Decreto 3/2017, una previsión de este carácter no parece requerir de una norma habilitante previa pudiendo tener acogida legal en lo señalado en el artículo 30.4 de la Ley 55/2003.">>

Nada tenemos que objetar al desarrollo argumental realizado, señalando que hacemos nuestras las consideraciones del meritado informe jurídico.

2.2. Base General 12.6. Opciones A) y B). Posibilidad de optar por mantener la nota superior en la fase de oposición.

El informe jurídico prosigue, a continuación, con las consideraciones relativas a la segunda de las opciones que contienen tanto el Acuerdo de 25 de enero de 2018 como las Bases Generales aprobadas por la Resolución 103/2018, de 5 de febrero, y que posibilitan al aspirante a optar por mantener la nota superior que obtenga en la fase de oposición de las dos convocatorias.

Respecto a esta cuestión el Informe Jurídico señala lo siguiente:

<< "19. Conforme se señalaba desde la Dirección de Recursos Humanos: "Las personas que participen tanto en la OPE 2016-17, como en la prevista futura OPE 2018-19 podrán optar por mantener la nota superior que obtengan en la fase de oposición de dichos procesos selectivos".

20. De la lectura del párrafo no se desprende necesariamente contravención alguna a los principios de igualdad, mérito y capacidad que presiden la selección de empleados públicos por las Entidades del Sector Público.

21. Otra cosa, serán las fórmulas en que se articulen dicho derecho de opción. Así, originarían serias dudas la adopción de fórmulas que impidan la eventualidad de un resultado adverso para todos o algunos de los opositores o, si varían entre una convocatoria y la inmediata siguiente, su desarrollo, la forma de calificación, el contenido del temario o la forma de calificación de los ejercicios en los que se ha conservado la nota, es decir, no sean idénticos.

22. El artículo 23.2 CE presenta dos distintos derechos fundamentales, que el Tribunal Constitucional se ha encargado de distinguir, separando las nociones de «cargos públicos» y de «funciones públicas». Obviamente, en este informe nos referiremos al derecho a la igualdad en el acceso de los ciudadanos a la función pública.

23. Pues bien, la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, señala en su artículo 25, que las Administraciones Públicas vascas seleccionarán su personal, funcionario o laboral, mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de oposición, concurso o concurso oposición libres en los que se garanticen los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

24. La Ley 55/2003, de 16 diciembre, que aprueba el Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, señala como criterios generales de provisión, en su artículo 29, que la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los principios básicos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud.

25. Igualmente, el artículo 55.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que las AAPP deben seleccionar a su personal, tanto funcionario como laboral, mediante procedimientos en los que queden garantizados los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y los que el propio precepto establece.

26. Efectivamente, tales preceptos son concreción de los postulados constitucionales sobre acceso a las funciones públicas contenidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) presenta el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas como un derecho de configuración legal de carácter reaccional (STC 50/1986,

de 23 de abril), para impugnar ante la jurisdicción ordinaria toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

27. Según aclara el TC, la posibilidad de reacción se dirige en una doble dirección: (I) contra las bases de las convocatorias que establezcan fórmulas manifiestamente discriminatorias, con desconocimiento de los principios de mérito y capacidad; y (II), contra la inobservancia o la interpretación indebida de las bases, que sea generadora de diferencias no preestablecidas entre los aspirantes (STC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4, con cita de las SSTC 143/1987, 193/1987, 67/1989, 353/1993, 269/1995 y 93/1995).

28. Desde una perspectiva material, el componente fundamental de la igualdad en el acceso se conforma por la ausencia en las convocatorias de referencias que sirvan para individualizar injustificadamente los méritos o las capacidades. STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4: «La igualdad se predica, por tanto, de las condiciones establecidas por la Ley, y por ello, lo que el art. 23.2 C.E. viene a prohibir, entre otras cosas, es que las reglas de procedimiento para el acceso a la función pública se establezcan no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individualizadas y concretas (SSTC 50/1986, 148/1986, 18/1987, entre otras).

29. Así pues, el art. 23.2 C.E., si bien ha otorgado al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles hayan de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, le obliga también a tener como límites constitucionales que la regulación no se haga en términos concretos e individualizados, de manera tal que sean convocatorias ad personam y que los requisitos legalmente establecidos, en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de méritos y capacidad.

30. Finalmente, por lo que ahora interesa, según el TC, este derecho fundamental no ampara una exigencia de cumplimiento de la legalidad en sentido estricto, sino que «sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad» (STC 107/2003, de 2 de junio, FJ 4, con cita de las SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.c; y 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.c).

31. Efectivamente, como se ha visto en la Consideración Jurídica anterior, no cabe duda de la apariencia jurídica de legalidad de la posibilidad de conservar la nota. Además, a ese respecto cualquier posible desigualdad devendría, en su caso, de los elementos en que se concrete la opción de los participantes y de la igualdad entre las convocatorias, siendo todo ello susceptible de ulteriores recursos.

32. En este supuesto, cabe señalar, que el grupo de intereses contrapuestos a la medida se concretará en las personas que no pudieron participar en la primera convocatoria. De acuerdo con ello, el "tertium comparativo" sobre una posible desigualdad se traslada a una segunda convocatoria, lo que valida la medida inicial que se pretende tomar. Y esto no (sic; "nos") conduce a la segunda posibilidad que abre la Resolución 103/2018, que no es otra que la posibilidad de optar por la mejor de las dos notas obtenidas, una en el proceso selectivo 2018-2019 y, la otra, en el de 2016-2017.

33. Como se ha reseñado anteriormente, la vulneración de la igualdad entre los futuros participantes en las Ofertas Públicas de Empleo (si admitiéramos la existencia de interés legítimo) surge del supuesto de permitir elegir entre las notas de dos exámenes (convocatoria anterior y siguiente), o que no existiera identidad alguna entre los criterios de puntuación o el contenido de los ejercicios (en perjuicio de los aspirantes que se presentan "ex novo" a la segunda convocatoria), lo que sugiere que debieron establecerse claramente en las Bases de la OPE, unas reglas de juego adecuadas y garantes a tal derecho. Así, modo de ejemplo, el Decreto 14/2011, de 24 de marzo, por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2011, en su artículo 5º sobre promoción interna, establecía: "Las convocatorias podrán establecer que los aspirantes que superen las pruebas de la fase de oposición y hayan obtenido una nota superior al 60% de la calificación máxima, pero no resulten aprobados en el proceso selectivo, quedarán exentos de la realización de las pruebas en la siguiente convocatoria, siempre que ésta sea análoga en el contenido y en la forma de calificación, sin perjuicio de su derecho a optar por su repetición en cuyo caso se estará a la calificación obtenida en esta última convocatoria".

34. No obstante, cabe descartar "a priori" que con la medida se realice una regulación en términos concretos e individualizados para grupo identificable alguno, de manera tal que sean

convocatorias ad personam, ya que se puede apreciar que el planteamiento se realiza con carácter general.

35. Y, dentro de este carácter general, recordemos que el artículo 31.2 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud prevé que la convocatoria podrá establecer criterios o puntuaciones para superar la oposición o cada uno de sus ejercicios y a falta de desarrollo reglamentario, como ya se apostillaba en la consideración jurídica anterior, la medida deberá incorporarse a las bases específicas de cada convocatoria no limitándose a las generales.

36. Como se ha expuesto en antecedentes, la Resolución 103/2018, de 5 de febrero, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se aprueban las bases generales que han de regir los procesos selectivos para la adquisición del vínculo estatutario fijo en Osakidetza - Servicio vasco de salud convocados en los años 2016 y 2017, establece en su apartado 12.6, sobre "Posibilidad de optar por mantener la nota de la fase oposición", que:

La persona que, reuniendo los debidos requisitos de participación, tome parte tanto en la OPE 2016-2017 como en la futura OPE 2018-2019, podrá acogerse a una de las siguientes opciones:

Opción B.- Realizar las pruebas de la fase de oposición correspondientes a la OPE 2016-2017 y a la OPE 2018-2019, tras lo cual se le asignará directamente para la OPE 2018-2019 la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos. Para poder acogerse a esta opción, resultará necesario haber aprobado los procesos selectivos correspondientes a las OPEs 2016-2017 y 2018-2019.

No obstante, a quien habiendo elegido la Opción B no realizara el examen de la fase de oposición de la OPE 2018-2019, se le aplicarán los criterios de conservación de nota establecidos en la opción A, siempre que tuviera la condición de aprobado en la fase de oposición de la OPE 2016-2017.

En todo caso, dichas opciones únicamente serán de aplicación en la convocatoria inmediatamente posterior, esto es, en la OPE 2018-2019, siempre y cuando el contenido del temario y de los ejercicios, y la forma de calificación de los mismos sean análogos.

37. Analizada la citada cláusula, se hace innegable la existencia de diferencias sensibles entre las convocatorias anteriormente referenciadas a título comparativo en el Estado y la del Servicio

Vasco de salud. Así, mientras en las convocatorias examinadas vemos que se ha acogido favorablemente la posibilidad de conservar para la OPE (incluso sugiriendo que la misma pueda realizarse desde un simple aprobado sin necesidad de mayor puntuación), en la Resolución 103/2018, de 5 de febrero, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, además de acoger dicha posibilidad, abre una nueva alternativa, cual es, que al opositor se le asignará directamente la nota superior obtenida en la fase de oposición de dichos procesos selectivos, siempre y cuando tenga la condición de aprobado en los mismos. Es decir, de oficio se escogerá la mejor nota entre dos posibilidades que, en modo alguno, van a tener quienes no realizaron la primera de las convocatorias selectivas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2014 (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7, Sentencia de 2 Ene. 2014, Rec. 195/2012...), aunque no referida exactamente a la cuestión que se está informando, declaró, que: "Es decir, esta Sala no se decantó tanto por la bondad o no de la existencia de nota de corte en el proceso selectivo como por el hecho de que no se debían tratar de distinta forma a los aspirantes de una misma categoría profesional derivada de un mismo proceso selectivo en virtud del turno por el que participaran en el proceso (discapacitados, promoción interna o libre). Lo que dice el Tribunal es que el trato ha de ser igual para todos, pues de otra manera se quiebran los principios de igualdad, mérito y capacidad que vienen establecidos con rango constitucional en el Art. 23.2. en relación con el 103". Este criterio fue reiterado en la Sentencia de 18 de marzo de 2016.

38. De modo que, desde un punto de vista conceptual, o de la formación criterios jurisprudenciales, lo que se declaró es que no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, salvo que medie una justificación razonable y convincente. Y esa igualdad en el acceso a la función pública comporta que dichas limitaciones no sean exigibles en ningún turno o se exijan en todos, pues lo que resulta contrario al mandato del artículo 23.2 de la CE es la diferencia de trato que no aparece justificada por la Administración en el momento oportuno, es decir, cuando se establece dicha limitación.

39. En conclusión, **de la lectura de la base 12.6 de la Resolución 103/2018 se hace patente, en lo que a la opción B se refiere, una grave diferenciación entre opositores de un mismo proceso selectivo sin que medie justificación alguna, salvo la mejorar las posibilidades de un grupo determinado de opositores cuyo mérito no es otro que el de haberse**

presentado a una convocatoria de selección anterior lo que debe conducir a entender dicha cláusula como contraria al principio de igualdad.">> (la negrilla es nuestra)

En definitiva, el informe jurídico estima que la opción por el mantenimiento de la mejor de las dos notas obtenidas en ambas oposiciones es contraria al artículo 23.2 de la CE y, por ello, causa de nulidad de pleno derecho de la citada previsión. Lo que, como en el siguiente apartado del informe jurídico se expone, conllevaría la instrucción de un procedimiento de revisión de oficio.

Dicho procedimiento de revisión de oficio debería dirigirse no solo frente a la Base General 12.6 de la Resolución 103/2018, sino que también frente al Acuerdo de 25 de enero de 2018 del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio vasco de salud, apartado 5, porque la Base 12.6 recoge lo que el Acuerdo había ya aprobado con anterioridad y ello producto de un Preacuerdo con la representación sindical (Preacuerdo en el que expresamente se condicionaba la introducción de dicha previsión a que ello resultara posible legalmente, por lo que es de suponer que con carácter previo al Acuerdo de 25 de enero de 2018 se emitiría un informe jurídico avalando la conformidad a derecho de dicha previsión).

2.3 Base General 12.6. Opciones A) y B). ¿Es contraria al artículo 23.2 de la CE la posibilidad de optar por mantener la nota superior en la fase de oposición correspondiente a las OPEs 2016-17 y 2018-19?

Como hemos indicado desde un comienzo, la cuestión que se suscita es complicada y es difícil afirmar con rotundidad si la citada previsión es contraria o no al artículo 23.2 de la CE, a la vista de los antecedentes que se indican y de la jurisprudencia constitucional existente al respecto. Y ello, únicamente porque no existe precedentes concretos a los que poder referirnos, por lo que sólo podemos basarnos en nuestro propio criterio y entendimiento.

En primer lugar, acerca del artículo 23.2 de la CE, recordar que, como ha recogido la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (por todos, Dictamen 96/2017), dicho derecho puede resumirse en las siguientes ideas:

- a) No confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos

para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril, F. 4; 148/1986, de 25 de noviembre, F. 9; 193/1987, de 9 de diciembre, F. 5; 200/1991, de 13 de mayo, F. 2; 293/1993, de 18 de octubre, F. 4; 353/1993, de 29 de noviembre, F. 6, por todas).

b) Entraña una garantía material en el sentido de que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el art. 103.3 CE y no en el art. 23.2 CE, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, obliga a considerar lesivos del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles (SSTC 50/1986, de 23 de abril, F. 4; 73/1998, de 31 de marzo, F. 3; 138/2000, de 29 de mayo, F. 5).

c) El derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y empleos públicos no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso que, establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad (SSTC 27/1991, de 14 de febrero, F. 4; 293/1993, de 18 de octubre, F. 4; y 185/1994, de 20 de junio, F. 3, entre otras); como consecuencia de ello, desde una perspectiva negativa, se proscribía que dicha regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (SSTC 269/1994, de 3 de octubre, F. 5; 11/1996, de 29 de enero, F. 4; y 37/2004, de 11 de marzo, F. 4), evitando cuidadosamente cualquier sombra de arbitrariedad, que existe «cuando falta la razón o el sentido de la regulación» (STC 11/1996, de 29 de enero, F. 4).

Pues bien, a nuestro juicio, la diferencia de trato que pudiera establecerse entre quienes se presenten únicamente a las pruebas correspondientes a la OPE 2018-2019 y quienes se presenten tanto a las pruebas correspondientes a la OPE 2016-17 y 2018-19 no es contraria al artículo 23.2 de la CE. Trataremos de justificar esta afirmación.

a) Creemos que este supuesto es diferente del conocido por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2014 que declaró contrario al artículo 23.2 CE el establecimiento de una nota de corte en el turno libre que no se había establecido en el turno de promoción interna y en la que afirma que es *“contrario a los principios constitucionales que rigen el acceso a la función pública (artículo 23.2) que se establezca para una misma categoría profesional, distintos niveles de exigencia dependiendo del turno que por el que se participe. El nivel de exigencia debe ser idéntico para todos los aspirantes”*.

Pues bien, con la previsión de la Base General 12.6 no se puede afirmar que el nivel de exigencia sea diferente, pues todos los aspirantes que se presenten a la OPE realizarán las mismas pruebas. Es cierto que quien se ha presentado a la fase de oposición de la OPE 2016-2017 puede hacer valer la nota obtenida en dicha oposición si esta fuera mayor que la obtenida en la OPE 2018-19, pero esta era una opción que todos los aspirantes conocían con anterioridad, pues estaba ya predeterminada normativamente desde el Acuerdo de 25 de enero de 2018 y se reiteraba en la Base General 12.6, por lo que cualquier persona que reuniera los requisitos para ser aspirante podía presentarse.

Este extremo es esencial, pues la *“fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo”* STC 48/1998, FJ 7.b).

El propio informe de Osakidetza deja sentado, también respecto a esta segunda opción de elegir la mejor nota de entre las obtenidas en ambas convocatorias, que cabe descartar “a priori” que con la medida se realice una regulación en términos concretos e individualizados para grupo identificable alguno, de manera tal que sean convocatorias ad personam, ya que se puede apreciar que el planteamiento se realiza con carácter general.

Y, por otro lado, en cuanto se ambas opciones se condicionan a que *“el contenido del temario y de los ejercicios, y la forma de calificación de los mismos sean análogos”*, es decir, que el nivel de exigencia y la forma de valorar el mérito demostrado sean homogéneos y equivalentes.

Por tanto, no creemos que esa identidad en el nivel de exigencia para todos los aspirantes a que se refiere el Tribunal Supremo quiebre con la previsión referida.

b) Además, en todo caso, si se hiciera aplicación de este criterio en el sentido propuesto en el informe de Osakidetza, tampoco se podría defender la conformidad a derecho de la Opción A), pues con esta opción el aspirante que haya aprobado la oposición de la OPE 2016-17 está dispensado de realizar la prueba de oposición de la OPE del año 2018-19, por lo que no haría el mismo examen que otros aspirantes y se rompería esa supuesta identidad entre los aspirantes. Sin embargo, de la Opción A), que permite guardar la nota de la oposición y no presentarse a la oposición de la OPE 2018-19, hemos dicho que es conforme a derecho.

c) La posibilidad de optar por la mejor de las notas de la fase de oposición está íntimamente unida a los principios de mérito y capacidad porque, en cualquier caso, el aspirante habrá realizado el esfuerzo de presentarse a dos convocatorias en situación de igualdad con el resto de aspirantes, por lo que, en su caso, se premia ese esfuerzo, y el mérito y capacidad demostrados al obtener una nota determinada.

Además, es una medida proporcionada y no arbitraria. En efecto, si un aspirante que ha aprobado la oposición correspondiente a la OPE 2016-17 se presentara a la oposición correspondiente a la OPE 2018-19 y suspendiera la misma quedaría eliminado del proceso selectivo y ello a pesar de tener aprobada la oposición de la OPE 2016-17.

Por tanto, estimamos que no es un supuesto similar al denominado de la “mochila” (STC 67/1989) donde los puntos del concurso se podían sumar a los de la oposición para aprobar esta fase cuando la nota estuviera por debajo del aprobado. Aquella medida sí constituía una diferencia arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad.

d) La única situación jurídica que podría generar dudas sería la propia de quienes se presenten a la OPE 2018-19 y no reúnan los requisitos en el momento de la presentación de las solicitudes correspondientes a la OPE 2016-17.

Nótese que esto no es necesariamente extensible, como el informe de Osakidetza postula en algún punto, a todos los que “se presentan ex novo a la segunda convocatoria”, sino única y exclusivamente a quienes “no pudieron participar en la primera convocatoria”. Es decir, que no hay diferencia, en cuanto a las posibilidades ofrecidas, respecto de aquellos que, pudiendo haberlo hecho, no realizaron (por la razón que fuera) la primera de las convocatorias selectivas.

El número de quienes se encuentren en ese supuesto de no haber podido presentarse a la primera convocatoria debe ser necesariamente menor en función del poco tiempo previsto entre una convocatoria y la siguiente, en la medida en que las bases ya dejaban sentado que “dichas opciones únicamente serán de aplicación en la convocatoria inmediatamente posterior, esto es, en la OPE 2018-2019”.

Ahora bien, incluso para el caso de quienes (incluso en ese breve lapso de tiempo) hubieran visto modificada su situación personal relativa a los requisitos de la convocatoria, adquiriendo la

posibilidad de presentarse a una segunda convocatoria que no tuvieron en la primera, este tipo de diferencias que derivan de los diferentes momentos en el tiempo en que se cumplen las condiciones para ser aspirantes no son relevantes, a nuestro juicio, para sostener una lesión del principio de igualdad del artículo 23.2 CE.

Y ello, porque se ha de presuponer que los requisitos exigidos para poder acceder a las convocatorias (y que, desde luego, también establecen diferencias entre quienes los reúnen y los que no) también son en son, en mismos, requisitos de acceso que, establecidos en términos de igualdad, responden única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad. Por lo que resultaba justificada su exclusión de la primera convocatoria cuando no los reunían, aunque sí los vengan a reunir en la segunda.

En efecto, de la misma forma que se valora la experiencia de quienes han ejercido como interinos y ello supone una ventaja respecto de quienes acceden por primera vez a una convocatoria, la cual se puede justificar precisamente en el mérito acreditado con el ejercicio como tales interinos, aquí se valora el esfuerzo realizado y la capacidad ya acreditada en una convocatoria anterior.

No acertamos a ver el supuesto agravio comparativo que el informe de Osakidetza parece postular.

e) Creemos que ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la del Tribunal Constitucional producida con ocasión de supuestos en que se enfrentaban a recursos donde se impugnaban actuaciones de la Administración que se consideraban contrarias al artículo 23.2 CE permite concluir, a nuestro juicio, que la previsión examinada sea contraria a dicho precepto.

f) Por otra parte, hemos de recordar la interpretación restrictiva que propugna la COJUA en relación con las causas de nulidad en los procedimientos de revisión de oficio. Así, en el Dictamen 96/2017 más arriba mencionado, señaló lo siguiente:

60. Esta Comisión ha venido reiterando en diversos dictámenes, lo que es conveniente recordar con carácter general y antes de analizar si el caso concreto es incardinable en dicho supuesto legal, que el Consejo de Estado y la propia Comisión Jurídica Asesora mantienen una línea restrictiva en la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho, estableciendo que no pueden admitirse "interpretaciones extensivas ni aplicación a supuestos de hecho dudosos". Los vicios de nulidad radical

deben ser por tanto objeto de una interpretación estricta, de manera que, dentro de la teoría de la invalidez, la anulabilidad se erige en la regla general frente a la excepción que es la nulidad radical o de pleno derecho.

61. Esta línea hermenéutica restrictiva se proyecta singularmente en la contención de la facultad administrativa de revisión de oficio de sus propios actos, por ser esta una facultad excepcional que quiebra la seguridad jurídica y que está reservada a supuestos de quebrantamiento del derecho extraordinariamente graves, ante los cuales dicha seguridad jurídica debe ceder por resultar de todo punto inadmisibile su presencia en el ordenamiento.
62. En igual sentido, la obligada interpretación restrictiva de la facultad que la LRJPAC otorga a la Administración en el artículo 102 LRJPAC encuentra adecuado fundamento en la necesidad de distinguir dicha vía de la revisión de los actos —específica— de la que puede llevarse a cabo por el cauce de los recursos ordinarios. En efecto, un acto puede resultar anulado como consecuencia de un recurso ordinario, pero la declaración de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho requiere siempre una ulterior intensidad.
63. Esta consideración ha hecho que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo hayan tratado con el necesario rigor el examen de la concurrencia de las causas legalmente establecidas para que haya lugar a la declaración de oficio de la nulidad, a fin de impedir que por la vía de ampliar aquellas la revisión de oficio se convierta en una vía alternativa a la de los recursos administrativos ordinarios.

g) En definitiva, estimamos que no procede iniciar la vía de la revisión de oficio de las previsiones contenidas en el Acuerdo de 25 de enero de 2018 ni en la Base General 12.6 de la Resolución 103/2018.

4. Otras consideraciones

Dicho todo lo anterior, no hemos de dejar de hacer varias consideraciones.

En relación con la problemática derivada de la OPE 2016-17 en Osakidetza y de las posibles medidas y mejoras a adoptar en los procedimientos de selección correspondientes a la OPE 2018-19, ha de tenerse en cuenta que si se optara por modificar diversas pruebas de los procedimientos de selección, ni el Preacuerdo de 23 de junio de 2017, ni el Acuerdo del Consejo de Osakidetza de 25 de enero de 2018 ni la Resolución 103/2018, obligarían al mantenimiento de la nota de la OPE 2016-17, pues la aplicación de dicha previsión solo tendrá lugar *“siempre y cuando el contenido del temario y de los ejercicios, y la forma de calificación de los mismos sean análogos”*, como lo recuerda expresamente el Ararteko en la cita que hemos reproducido.

Evidentemente, corresponde a los órganos competentes de Osakidetza acordar las medidas que estimen más apropiadas para desarrollar la citada OPE 2018-19, pero es necesario resaltar el inciso apuntado.

Asimismo, y como hemos indicado desde el principio, las conclusiones que se vierten en este informe deben acogerse con prudencia porque seguro que existen opiniones jurídicas que disienten de cuanto aquí hemos dicho.

Este es el informe que emito y que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Vitoria-Gasteiz, a nueve de mayo de dos mil diecinueve.