

a desestimar el recurso de alzada interpuesto por el ahora demandante, [REDACTED] contra el acto de aprobación -27/05/2019- de la lista de las personas que habían superado la fase de oposición para cubrir plazas vacantes de personal estatutario de la categoría de facultativo especialista de área, en adelante FEA, en concreto de anestesia y reanimación correspondientes al sector sanitario de Ponent de Mallorca en las organizaciones sanitarias del Servicio de Salud de las Islas Baleares.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

Se ha seguido la tramitación correspondiente al procedimiento ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso fue interpuesto el 11/09/2019, dándose el traslado procesal adecuado y reclamándose el expediente administrativo.

SEGUNDO.- La demanda se formalizó en plazo legal, solicitándose a la Sala el recibimiento del juicio a prueba y también que la sentencia que se dicte estime el recurso y:

“Declarar la recusación del Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares, D. Julio Miguel Fuster Culebras, y la consecuente invalidez del acto administrativo por él dictado, la resolución del recurso de alzada interpuesto por mi representado.

- Acordar que la consecuencia de la firma involuntaria por parte de mi mandante del examen debe conllevar su corrección por otro Tribunal independiente, y no su exclusión del procedimiento.

- Subsidiariamente a lo anterior, acordar la repetición del examen, por cuanto no se ha garantizado el anonimato de la prueba y, por lo tanto, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada”

TERCERO.-La Administración demandada contestó a la demanda en plazo legal, oponiéndose al recibimiento del juicio a prueba solicitado por la parte demandante y que la sentencia de la Sala:

“Inadmita la demanda en lo que se refiere a la pretensión de abstención del Director General del IBSALUT y desestime el resto de pretensiones de la demanda.

- Subsidiariamente, desestime íntegramente todas las pretensiones de la demanda.

Todo ello, con expresa imposición de las costas a la parte actora.”

CUARTO.- Se acordó no recibir el juicio a prueba mediante Auto de 13/01/2021

QUINTO.- Se acordó que las partes formularan conclusiones, verificándolo por su orden e insistiendo todas en sus anteriores pretensiones.

SEXTO.- Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 14/06/2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hemos descrito ya en el encabezamiento cual es el acuerdo administrativo contra el que se dirige el presente recurso contencioso.

Se trata de una resolución de la ahora demandada, Administración de la Comunidad Autónoma, en concreto la resolución del Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares, de 01/07/2019, mediante la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por el ahora demandante [REDACTED] contra el acto de aprobación -27/05/2019- de la lista de las personas que habían superado la fase de oposición para cubrir plazas vacantes de personal estatutario de la categoría de facultativo especialista de área, en adelante FEA, en

concreto de anestesia y reanimación correspondientes al sector sanitario de Ponent de Mallorca en las organizaciones sanitarias del Servicio de Salud de las Islas Baleares.

Los hechos del caso son los siguientes:

- 1.- El 28/05/2018 el Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares convocó un concurso-oposición para cubrir plazas vacantes de las categorías de FEA.
- 2.- El 24/08/2019 el Director General del Servicio de Salud, convocó un concurso-oposición para cubrir plazas vacantes de FEA de anestesia y reanimación del Servicio de Salud de las Islas Baleares, correspondientes al sector sanitario de Ponent de Mallorca.
- 3.- En esa convocatoria tomaron parte el ahora demandante, [REDACTED] y, en lo que ahora puede interesar, [REDACTED], hija de D. Julio Miguel Fuster Culebras, quien ocupaba precisamente el cargo de Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares.
- 4.- La convocatoria anterior a la del caso vino regida por disposición o base que imponía expresamente “[...] *exclure a los examinados en cuyas hojas de examen figuren nombre, marcas o signos que permitan conocer su identidad*”
- 5.- En la convocatoria del caso faltaba esa disposición o base, no constando tampoco instrucción alguna del Tribunal Calificador sobre prohibición de firmar el examen ni indicación de la aplicación de la medida de exclusión por incumplimiento de la prohibición.
- 6.- El ahora demandante firmó los exámenes
- 7.- El 15/05/2019 el Tribunal Calificador, en trámite de revisión del examen del ahora demandante, acordó mantener la decisión previamente adoptada de no calificarlo “[...] *por haber firmado el examen rompiendo así el anonimato en el proceso selectivo*”, figurando así en las listas provisionales cuya publicación se acordó por Diligencia de Constancia de 20/03/2019.
- 8.- El 27/05/2019 se publicaron las listas definitivas por Diligencia de Constancia de la Secretaria del Tribunal.

9.- El 10/06/2019 y el 28/06/2019 el ██████ presentó sendos escritos que, sin que llegara a saberlo, fueron considerados como recurso de alzada contra la decisión del Tribunal Calificador.

10.- El 26/06/2019, el Director General del IBSALUT, Sr. Fuster, al que ya le había llegado ese recurso de alzada sin que el ██████ supiera y sin que pudiera por tanto recusarlo, en lugar de abstenerse por referirse a impugnación de un competidor en el mismo proceso selectivo en el que tomaba parte su propia hija, ██████ decidió actuar, empezando por solicitar al Director de Recursos Humanos y Relaciones Laborales un informe sobre el concreto proceso de anonimación aplicado en el examen.

11.- El 28/06/2019 se expidió el informe solicitado por el Sr. Fuster.

12.- El 01/07/2019, el Sr. Fuster, ejerciendo como Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares, desestimó el recurso de alzada interpuesto por el ██████

Agotada de ese modo la vía administrativa e instalada la controversia en esta sede, la Administración concernida solicita, en primer lugar, que el recurso sea parcialmente declarado inadmisibile, concretamente en cuanto que en el mismo se pretende, en síntesis, que se reconozca que el Sr. Fuster debería haberse abstenido.

La base argumental de esa pretensión puede resumirse en que el ██████ sabía por las bases de la convocatoria que contra las listas definitivas cabía recurso de alzada ante el Director General del Servicio de Salud de las Islas Baleares, y que sabía entonces también que lo era el Sr. Fuster, padre de ██████ de modo que se llega así a esgrimir que el ██████ estaba entonces obligado a haberlo recusado; y, al no haberlo hecho, la Administración deduce que incurre ahora en su demanda en vicio de desviación procesal al pretender lo que no se pretendió en la vía administrativa, esto es, que la sentencia reconozca que el Sr. Fuster debería haberse abstenido.

Lo explicaremos a continuación, pero advertimos ya que no podemos aceptar la tesis de la desviación procesal. La falta de abstención ha sido opuesta a la resolución recurrida sin que antes de que la misma se dictase hubiera sido posible la recusación del afectado ya que al ahora demandante no se le trasladó ninguna actuación que revelase que el Sr. Fuster incumplía su deber de abstenerse.

SEGUNDO.- La abstención es el acto mediante el cual, para nuestro caso, una autoridad llamada a conocer de un asunto se aparta de su conocimiento por tener una relación de parentesco con las partes que intervienen.

La abstención y recusación, como señala la STC 60/2008, ha de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente, sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas

En el caso no hay controversia al respecto. Es pacífico que el Sr. Fuster no podía intervenir en el proceso selectivo porque incurría en causa legal de abstención -artículo 23.2.b) de la Ley 40/2015- al ser el padre de una de las participantes en la convocatoria.

La Administración, en su propia defensa, por delante del deber del Sr. Fuster de abstenerse, pone el deber del ██████████ de haberlo recusado.

Lo cierto es que el primer deber es el deber del afectado por la causa de abstención, máxime cuando la causa de abstención es tan evidente como la que concurría en el Sr. Fuster. Y quien puede recusarlo es legítimo que espere o confíe que el afectado cumpla con su deber. De llegar a saber el ██████████ que el Sr. Fuster no cumplía con su deber de abstención,, entonces sí que el ██████████ estaría obligado ya a promover la recusación porque era conecedor de la concurrencia de causa legal para ello. Pero el ██████████ nunca supo que el Sr. Fuster no se abstenía. En efecto, la primera comunicación al ██████████ indicando la intervención del Sr. Fuster fue precisamente la notificación regular de la resolución de los escritos presentados por el ██████████ que fueron considerados recurso de alzada conforme a las bases de la convocatoria.

A partir de ahí, esto es, en la impugnación en esta sede jurisdiccional, se hace valer oportunamente como primer motivo de oposición a la resolución del recurso de alzada que había agotado la vía administrativa la invalidez de esa resolución debido a que la misma había sido dictada por autoridad en la que concurría causa legal de abstención

El deber de abstención se enmarca en el principio constitucional por el que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales -artículo 103.1 y 3 de la Constitución-.

Consecuencia de ese mandato son, tal como recuerda la STS 2105/2016, de 28/09/2016, ECLI:ES:TS:2016:4227, las normas generales sobre abstención y recusación de las Autoridades y personal de las Administraciones Públicas, como garantizadoras del principio de neutralidad, que exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales -artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, que no presentan novedades respecto a la regulación anterior en la Ley 30/1992-.

En principio, la concurrencia de un motivo de abstención, al igual que una posible denegación de la recusación, no determina sin más la anulación del acto o actuación en la que se ha intervenido. En efecto, de conformidad con el artículo 23.5 de la Ley 40/2015, la actuación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

En esa misma línea, la jurisprudencia siempre ha señalado que no deriva la nulidad de pleno derecho de un procedimiento administrativo de la sola intervención en la tramitación de persona en la que concurra causa de abstención o de recusación -por todas, SSTS de 27/05/2009, 08/10/2009, 11/02/2010,y 08/04/2010, recursos de casación números 4297/05, 5153/04, 8980/04, 1082/05 y 6449/04, respectivamente-.

Ahora bien, en este caso la falta de abstención no es ni irrelevante ni intrascendente. El Sr. Fuster no solo no se ha abstenido sino que ha decidido excluir a un competidor de su hija en el procedimiento selectivo en el que ambos participaban.

A la falta de abstención se suma, pues, que el demandante fue excluido del proceso selectivo no siendo calificado su examen por haberlo firmado, lo que evita el anonimato.

Regida la convocatoria por la idea de que la corrección del examen se produjera sin que los correctores supieran a qué concreto participante correspondía, es indudable que el ██████████ lo impidió al firmarlo. Pero también es cierto que en esta concreta convocatoria no existía ni norma ni regla ni indicación expresa en sentido contrario. Preguntarse si pudo pensarlo el ██████████ o si debería haber caído en la cuenta de que firmar el examen rompía el anonimato no resuelve el problema, que arranca -y depende- de la insuficiente precisión de la convocatoria. Corre, pues, con el problema la Administración actuante, que lo ha tratado de eludir

despachando al participante involucrado, esto es, no solo negándose a calificar su examen sino impidiendo que fuera calificado por otras personas con anonimato, es decir, excluyéndolo sin más.

Cumple, pues, la desestimación de la causa de inadmisión parcial del recurso por desviación procesal -artículo 69.c) de la Ley 29/1998-, así como la estimación íntegra del recurso.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, procede imponer las costas del juicio a la parte demandada, pero las limitaremos hasta un máximo de 2000,00 euros por todos los conceptos.

En atención a lo expuesto:

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimamos la pretensión de que el recurso sea declarado parcialmente inadmisibile.

SEGUNDO.- Estimamos el recurso.

TERCERO.- Declaramos no ser conforma a Derecho y anulamos la resolución recurrida.

CUARTO.- Declaramos el derecho del recurrente a no ser excluido del procedimiento selectivo, debiendo ser calificado su examen por un Tribunal al efecto nombrado de nuevo y proseguir el procedimiento hasta su culminación conforme a Derecho.

QUINTO.- Imponemos las costas del juicio a la parte demandada, pero las limitamos hasta un máximo de 2000,00 euros por todos los conceptos, sin perjuicio de las limitaciones recogidas en el artículo 139.7 de la Ley 29/1998.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación - BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-

Así por esta nuestra sentencia, de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos. El Ilmo. Sr. Magistrado D. Gabriel Fiol Gomila votó en Sala y no pudo firmar.



PUBLICACIÓN.-Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.