IMPUGNACIÓN DE PROCESO SELECTIVO SIN IMPUGNACIÓN PREVIA DE SUS BASES. REQUISITOS PARA LA EXCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Pedro Fernández Puig, Letrado de la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Bilbao

SUMARIO

PRIMERO.- REGLA GENERAL: IMPUGNACIÓN DE LAS BASES.
SEGUNDO. LA HABILITACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LA IMPUGNACIÓN EXTEMPORÁNEA. PLANTEAMIENTO GENERAL.
TERCERO.- LAS CLAVES DE LA HABILITACIÓN JURISPRUDENCIAL
3.1.- La base del sistema: la nulidad de pleno derecho.
3.2.- El motivo de impugnación: nulidad de pleno derecho.
3.3.- El motivo genérico de impugnación: artículo 47. 1. a)
3.4.- Otras consideraciones: buena fe, bases y expediente.
CUARTO.- ESTIMACIÓN DEL RECURSO Y EFECTOS
4.1.- Nulidad de las bases y retroacción de actuaciones.
4.2.- Retroacción de actuaciones al momento de la valoración.
QUINTO.- ALGUNAS SENTENCIAS. BREVE REFERENCIA.
SEXTO.- CONCLUSIONES.

RESUMEN

Una jurisprudencia consolidada habilita a los participantes en un proceso selectivo para que recurran contra los actos finales de este, sin haber impugnado previamente las bases de la convocatoria, con motivo en la ilegalidad de estas bases. El presente trabajo repasa los requisitos exigibles a los recursos que pretenden la aplicación de esta construcción jurisprudencial, considerando que su admisibilidad resulta una excepción residual frente a las normas generales de impugnación de los actos administrativos.

PRIMERA.- REGLA GENERAL: IMPUGNACIÓN DE LAS BASES.

A fin de dotar de cierto orden a la exposición debemos partir de la mención a lo que constituye la regla general para la impugnación de procesos selectivos, que es la siguiente: existe una carga de impugnar las bases en los procesos selectivos por parte de quienes consideren que dichas bases contienen prescripciones contrarias a la ley.

Ello deriva, entre otras normas, del artículo 15 del Real Decreto 364/1995 por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Estado:

> *"4. Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas.*
>
> *5. Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*

Y es que **siendo las bases de la convocatoria las reglas de juego que van a obligar a todos los participantes y a la propia administración, el momento de impugnación del procedimiento selectivo debe ser –en principio- el del planteamiento de dichas normas**, a fin de que de forma anticipada se resuelvan las eventuales cuestiones de legalidad y –en caso de no impugnación- el proceso se desarrolle conforme a las bases aceptadas de general aplicación.

Sin embargo cada vez más, y con apoyo en una jurisprudencia ciertamente consolidada, el recurso contra estas bases se realiza en un momento posterior al de aprobación de las mismas (valoración de la fase de concurso, adjudicación final…), y –lógicamente- en su aspecto subjetivo se lleva a cabo por quienes, a la vista del resultado, no han obtenido el puesto al que aspiraban.

Pues bien, adelantamos ya una de las ideas principales que queremos poner de manifiesto: **el recurso en plazo es una obligación, no una elección y la construcción jurisprudencial para la impugnación tardía no debe entenderse como una opción más de impugnación, pues los requisitos sentados por la jurisprudencia son ciertamente de aplicación excepcional**, como veremos a continuación, y **de no cumplirse estrictamente las exigencias jurisprudenciales tal demora impugnatoria puede terminar en la inadmisión o la desestimación del recurso postrero por no haber impugnado voluntariamente las bases en su momento adecuado**.

SEGUNDO. LA HABILITACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LA IMPUGNACIÓN EXTEMPORÁNEA. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Como hemos señalado, es la jurisprudencia la que ha abierto una posibilidad excepcional que elude la regla general de recurso previo a las bases, permitiendo su impugnación posterior sobre los actos finales del proceso selectivo.

A fin de evitar extendernos en las citas jurisprudenciales sirva una sentencia, la de 22 de mayo de 2009 -recurso número 2586/2005, LA LEY 104592/2009- para resumir la evolución que realiza el Tribunal Supremo sobre esta doctrina:

> *"Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, esta ha ido modificándose,* ***empezando*** *por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante un acto nulo de pleno derecho,* ***después añadiendo*** *el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992,* ***después permitiendo*** *la impugnación, en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo,* ***y finalmente*** *en dos sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2009 se sostiene que: "...Una cosa es que, dentro del amplísimo margen de potestad discrecional que dispone la Administración para configurar las bases de un proceso selectivo, dentro por supuesto del absoluto respeto al ordenamiento jurídico, pueda disponer un contenido, que si se admite, no puede ser posteriormente cuestionado, y* ***otra muy distinta que la falta de impugnación de las bases subsane las ilegalidades que aquellas puedan contener, pues ello supondría que el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten****. Esto es el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, como ocurre igualmente en los contratos, que son la base de la relación contractual, en la medida en que sean conformes con el ordenamiento jurídico. En consecuencia****, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditivo a priori de la fiscalización de los actos administrativos****, y <u>no solo ya por la técnica admitida de la nulidad</u> de pleno derecho, que al permitir la impugnación en cualquier momento, impediría la producción del consentimiento del acto, pues siempre podría reaccionarse contra el mismo en tiempo y forma. <u>Ni tampoco,</u> como también se ha admitido por la jurisprudencia, distinguiendo*

entre un primer momento, en que pueden impugnarse las bases, y otro, en que puede impugnarse la aplicación de estar en el acto resolutorio del proceso selectivo, cuando aquella es decisiva del resultado lesivo para el interesado, pues en efecto, la impugnación de bases conlleva generalmente un resultado dañoso para el propio impugnante, al paralizar o poder hacerlo el proceso selectivo, siendo así que, a pesar de que quien participa en el mismo pueda dudar de la legalidad de alguna de ellas, ***hasta que se produzca efectivamente su aplicación y ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación****".*

En consecuencia:

"…aunque se admite que las Bases de un proceso selectivo no son un reglamento y en consecuencia no son susceptibles de ser impugnadas indirectamente, si que forman parte del proceso selectivo que culmina con la resolución de este, y aunque no puedan ser impugnadas en la medida en que sean legales, tampoco la falta de impugnación de este acto sana o puede ser un impedimento para la impugnación del acto resolutorio del proceso selectivo, que sólo lo será en la medida en que fueran las bases conformes con el ordenamiento jurídico".

Por tanto **no cabe duda sobre la posibilidad habilitada por la jurisprudencia para la impugnación tardía, y en consecuencia no cabe oponer a tales recursos la simpe falta de impugnación de las bases en plazo**.

Sin embargo, tal y como estamos insistiendo, esa habilitación creada por la jurisprudencia tampoco debe confundirse con una autorización general para el planteamiento de un recurso extemporáneo, pues de no cumplir los requisitos básicos de esta doctrina la impugnación puede resultar inadmitida, perdiendo así la oportunidad de su análisis en el momento adecuado.

Veamos pues cuales son estos requisitos.

TERCERO.- LAS CLAVES DE LA HABILITACIÓN JURISPRUDENCIAL

Vamos a analizar a continuación las condiciones que deben darse para que nos encontremos en uno de los casos en los que la falta de impugnación en tiempo de las bases de la convocatoria no impide combatirlas posteriormente en los actos finales del proceso selectivo, en sus actos de aplicación.

3.1.- LA BASE DEL SISTEMA: LA NULIDAD DE PLENO DERECHO.

El primer requisito jurisprudencialmente exigido engarza con uno de los conceptos jurídicos básicos del derecho, en nuestro caso del derecho administrativo, cual es el de la nulidad (que no anulabilidad) de los actos administrativos.

Sin extendernos sobre sus nociones fundamentales que damos por conocidas podemos citar con carácter general las siguientes notas características del acto nulo, notas que van a componer la estructura de la construcción jurisprudencial que estamos tratando. Así el acto nulo de pleno derecho:

- No puede ser objeto de convalidación.
- El consentimiento del interesado o de la administración no sanan el acto.
- La acción de nulidad no prescribe pudiendo ser impugnado en cualquier momento.
- Al tratarse de una cuestión de orden público puede ser apreciado de oficio.
- La declaración de nulidad retrotrae sus efectos al momento en el que el acto se produce con ineficacia de los actos ulteriores con causa en este.

Abundando en lo anterior, de nuevo sin intención exhaustiva y también desde una perspectiva general de la teoría del derecho administrativo, debemos recordar cómo la normativa procedimental otorga una serie de recursos administrativos que pueden ser ordinarios (reposición, alzada), o extraordinarios (revisión), sometidos todos ellos a un sistema de plazos de ineludible cumplimiento.

Pero además, y esto es lo importante, dicho sistema de plazos de recurso contiene como también sabemos una cláusula de cierre destinada a las infracciones más graves del ordenamiento administrativo, para los actos nulos, una suerte de "botón del pánico" para los supuestos en que la vía de los recursos no ha podido activarse correctamente. Este sistema de cierre es la posibilidad de revisión de oficio en vía administrativa de los actos nulos, no sujeta a plazo, y que a diferencia de los actos anulables pueden ser planteados a instancia de interesado.

Es en la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) donde se recoge este sistema, en su Título V "De la revisión de los actos en vía administrativa", Capítulo I sobre la revisión de oficio, artículo 106 "Revisión de disposiciones y actos nulos", como una posibilidad que habilita a la propia administración para volver sobre sus actos una vez sobrepasados los plazos de recurso, pudiendo hacerlo tanto de oficio como a instancia de parte:

> *1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de*

Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Pues bien, hemos recordado todos estos principios porque **sobre las bases de la teoría de los actos nulos de pleno derecho es como la jurisprudencia ha encontrado la razón jurídica para difuminar el momento de presentación del recurso contra las bases del procedimiento selectivo, el ineludible plazo de recurso administrativo, permitiendo su planteamiento en un momento extemporáneo al de la aprobación de las bases de la oposición, de las reglas de juego.**

Es decir, el recurso presentado no solicitará formalmente la revisión de oficio del acto, pero su construcción interna es prácticamente idéntica a una revisión de oficio, tanto en cuanto a la habilitación inter-temporal y material del recurrente, como por la potestad municipal de volver sobre su acto, aunque sin la garantía en este caso del informe favorable del Consejo de Estado u órgano autonómico.

Y **esta es la lógica del sistema, la posibilidad de volver en cualquier momento sobre unos actos que se pretenden nulos, habilitando al opositor para que plantee un recurso extemporáneo contra actos resolutorios posteriores a las bases fundamentado en un ineludible motivo: la nulidad de pleno derecho de algún aspecto concreto de las bases de la oposición.**

3.2.- EL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN: NULIDAD DE PLENO DERECHO.

Sentado ya que podemos recurrir tardíamente las bases de la oposición por motivos exclusivos de nulidad, debemos centrarnos ahora precisamente en la materialización de esos argumentos que nos lleven a justificar la nulidad del acto administrativo.

Recordemos a estos efectos que la regulación del acto administrativo nulo se contiene en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015) en su TÍTULO III "De los actos administrativos", CAPÍTULO III, bajo el epígrafe "Nulidad y anulabilidad".

Así, el artículo 47.1 regula la nulidad de pleno derecho de la siguiente manera:

"1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

Pues bien, este primer requisito, el de la caracterización del acto impugnado como nulo, no puede ser tomado a la ligera. Es decir, **no basta alegar en una impugnación tardía cualquier infracción del ordenamiento jurídico sino que la vulneración alegada debe ser una de las contenidas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, y como tal debe ser probada.**

Por este motivo, por la trascendencia de la prueba sobre la causa de nulidad alegada, son diversos los factores que pueden influir en que el recurso caiga en la inadmisión o desestimación. A modo de ejemplo podemos citar como más comunes los siguientes:

- Pese a que las causas del artículo 47.1 citado no son susceptibles de interpretación extensiva y analógica, sino de interpretación estricta y motivada, en múltiples ocasiones el motivo de recurso expresa una causa de nulidad nominal con la intención real de agotar un último intento de modificar el resultado ya conocido del proceso adaptándolo a su situación personal, forzando su re-puntuación.
- En línea con lo anterior debemos recordar cómo la jurisprudencia más reciente aún mantiene, con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1992 (LA LEY 2847-JF/000), que "*la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas*". Es decir por lo general no resulta sencillo, aunque de todo hay, encontrar una causa de nulidad

en un proceso selectivo tan grosera que lleve a su estimación frente a los intereses de todos los participantes.

- Igualmente, la teoría general del derecho administrativo exige contraponer la obligada depuración de los actos nulos con otros principios, como los de la seguridad jurídica y el mantenimiento de los actos administrativos a efectos del interés público.
- Por último, en los procedimientos selectivos confluyen los intereses de todos los participantes en el mismo en igualdad de condiciones que el recurrente, motivo por el cual también deben ser tenidos en cuenta los intereses de aquellos otros que participaron en el proceso asumiendo las normas del juego.

3.3.- EL MOTIVO GENÉRICO DE IMPUGNACIÓN: ARTÍCULO 47. 1. a)

Ya hemos señalado que la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas regula en el a*rtículo 47.1* la nulidad de pleno derecho señalando los supuestos tasados en los que los actos de las Administraciones Públicas pueden incurrir en este tipo extremo de infracción jurídico-administrativa.

Y también decíamos al inicio que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 -recurso número 2586-2005- resumía la evolución de esta doctrina sobre el recurso tardío que estamos analizando. En ella encontramos este extremo del respeto constitucional como segundo avance jurisprudencial:

> *"...empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante un acto nulo de pleno derecho,* ***después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992,..."***

Es decir, la alegación de la existencia en el acto recurrido de una violación de derechos fundamentales constituye una motivación que encuentra su encuadre específico en el citado artículo 47.1 de la Ley 39/2015 (anterior 62.1.a de la Ley 30/1992, LA LEY 3279/1992): *"a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional."*

Este avance constitucional en la configuración jurisprudencial del asunto ha llevado a que la mayoría de estos recursos hayan convertido a la "violación de derechos fundamentales" en su motivo estrella, por su aparente abstracción, desapareciendo las menciones a los demás supuestos de nulidad contenidos en el artículo 47.1 y que precisan por su propia naturaleza una mayor prueba y concreción

en el recurso (*órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, contenido imposible, constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, o el que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley*).

Y lamentablemente existe una cierta tendencia que lleva a algunos aspirantes a probar suerte con este motivo de nulidad -constitucional- mediante la interposición de un recurso estandarizado, repleto de citas genéricas de la nutrida jurisprudencia constitucional y de otros tribunales existente sobre este aspecto y aderezada con adjetivos como "evidente" o "manifiesta" infracción. Y ello supone un gran error técnico-jurídico en el planteamiento del recurso, pues precisamente un concepto tan aparentemente abstracto como es la "violación de derechos fundamentales" exige una concreción al caso, una prueba, que no queda salvada con la copia simple de la jurisprudencia.

Con ello no queremos en absoluto decir que los recursos que manifiestan este argumento constitucional sean en todo caso temerarios, simplemente queremos poner de manifiesto que **en el supuesto de que la causa de nulidad alegada sea la del epígrafe a) del artículo 47.1 no basta con una mención abstracta o referencial de la jurisprudencia, sino que habrá que probar cómo la infracción constitucional concreta se produjo en ese caso, por las circunstancias del mismo, por aplicación de las bases impugnadas, las motivaciones del expediente y los efectos ante el recurrente.**

3.4.- OTRAS CONSIDERACIONES: BUENA FE, BASES Y EXPEDIENTE.

A fin de no extendernos demasiado vamos a señalar brevemente otras circunstancias que no pueden quedar sin mención y prueba en un recurso como el que nos ocupa.

- Buena fe. Como señalaba la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 "*...la impugnación de bases conlleva generalmente un resultado dañoso para el propio impugnante, al paralizar o poder hacerlo el proceso selectivo, siendo así que, a pesar de que quien participa en el mismo pueda dudar de la legalidad de alguna de ellas, hasta que se produzca efectivamente su aplicación y ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación*".

Este principio, a sensu contrario, debe llevarnos a rechazar aquellos recursos que versan sobre aspectos objetivos o cuantificables ya desde el inicio del proceso y que no son combatidos en la aprobación de las bases, utilizando así torticeramente la habilitación jurisprudencial para la impugnación tardía, una vez conocida su posición en el resultado de las pruebas y con el fin único de forzar una interpretación de la valoración acorde a sus propios intereses y en perjuicio de otros opositores que han jugado con dichas reglas que el recurrente desea postreramente romper en su beneficio particular.

Es decir, el recurso se plantea una vez eliminados los contrincantes que no han participado a la vista de las bases, y cuando el resultado ha dejado ya atrás a otros oponentes por esa misma causa alegada, intentando mejorar su posición final.

- Motivación en las bases del proceso. En ocasiones, una vez conocida por el recurrente su situación por el resultado de las pruebas y con el fin de forzar una interpretación de la valoración acorde a sus propios intereses y en perjuicio de otros opositores, se intentan completar las bases con elementos contenidos en otros procesos selectivos, u otros resultados jurisprudenciales procedentes de otras administraciones, como si los requisitos de todos los puestos de trabajo fueran equiparables en todas ellas. Cada proceso es diferente, y no cabe trasladar de forma automática criterios o circunstancias de otros no coincidentes con las bases del proceso por simple interés particular.

  Por este motivo habrá que estar ante todo a las bases aprobadas para conocer la vinculación del recurso a la realidad concreta del puesto, a las características de este según la administración convocante y la normativa referenciada en cada caso sin realizar equivalencias forzadas con un único fin, que no es la legalidad, sino el beneficio propio frente a los demás participantes.

- El expediente. De forma similar al anterior, el recurso deberá adaptarse a la aplicación al caso concreto, al expediente concreto. Por ello será la propia tramitación del expediente, junto con las motivaciones del proceso de selección, o su ausencia, lo que dará forma al recurso y sus argumentos. Ello, tal concrección, permitirá deducir con mayor facilidad la existencia de un supuesto de nulidad de pleno derecho o la ausencia del mismo sin elevarse a otros ámbitos de abstracción doctrinal que lleven a un juicio genérico alejado de las prescripciones concretas del expediente que permitan igualmente acoger los intereses de los demás participantes.

CUARTO.- ESTIMACIÓN DEL RECURSO Y EFECTOS

Llegados a este punto, y suponiendo la estimación del recurso, ¿cuál debe ser el efecto de tal estimación? Veamos diferentes posibilidades.

4.1.- Nulidad de las bases y retroacción de actuaciones.

Podríamos suponer que en coherencia con la lógica del sistema jurisprudencial habilitado la estimación del recurso debiera llevar a la nulidad radical del proceso, la anulación de las bases y la nueva convocatoria. Ello parece lo más lógico, pues:

- Desde la perspectiva de la infracción cometida, nulidad radical, debieran retrotraerse los actos al momento inicial.
- Precisamente la habilitación jurisprudencial subsana la no impugnación en tiempo de unas bases, que de haberse producido en plazo llevaría a la anulación de las mismas y nueva convocatoria.
- También el interés de otros eventuales opositores que renunciaron al proceso a la vista de las bases debería pesar en este sentido, permitiendo una correcta decisión sobre su participación en el mismo.
- Igualmente el interés público afectado en la definición del puesto convocado parece aconsejar la modificación de bases y la oportunidad de nuevas candidaturas, en pro de la selección idónea de aspirantes.

4.2.- Retroacción de actuaciones al momento de la valoración.

También con base en la misma jurisprudencia podríamos motivar la simple retoracción al momento de la incorrecta aplicación del elemento anulado, puesto que como señalaba nuestra reiteradísima Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 "*hasta que se produzca efectivamente su aplicación y ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación*", pues **la lógica del recurso tardío entiende que el daño al recurrente se produce en ese momento de aplicación concreta de las bases al final del proceso, y no antes.**

En consecuencia la estimación del recurso llevaría a la anulación de los actos posteriores a la valoración, debiendo realizarse esta de manera correcta, si bien ello nos produce al menos dos posibilidades:

- La estimación íntegra del motivo, que incluye la estimación concreta de la valoración solicitada, en cuyo caso la aplicación del incremento valorativo sería casi automático.
- La estimación parcial del motivo de nulidad por precisar una nueva interpretación o cálculo al ser menor que el que valoró en su recurso, en cuyo caso pudiera incluso suceder que pese a la estimación el resultado final no le fuera favorable para conseguir

la plaza por otorgarle el nuevo cálculo una puntuación menor que la que previó en su recurso.

Queremos con ello decir que incluso estimado el recurso los problemas pueden seguir existiendo para el recurrente, pues una vez más dependiendo del supuesto concreto (procedimiento de acceso o de concurso, tipo de infracción, otros recurrentes, personas en situación similar, etc.) la concreción de ese motivo de nulidad en el proceso puede resultar convulsa.

QUINTO.- ALGUNAS SENTENCIAS. BREVE REFERENCIA.

No es el objeto de este último apartado una exhaustiva mención a las innumerables sentencias recaídas en todos los ámbitos, sino realizar una breve nota de algunas de las que ponen de manifiesto extremos anteriormente referenciados.

Las sentencias a las que hacemos referencia son las siguientes:

- Sobre la desestimación de la alegación genérica en el recurso relativa a la violación de derechos fundamentales: Sentencia del Tribunal Constitucional número 73/1998, de 31 de marzo (LA LEY 4896/1998), FJ 3.c) "*la conexión existente entre el art. 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental*"
- Sobre la legalidad de las bases, cuando estas sean de aplicación general y no direccionadas hacia supuestos concretos desconociéndose a priori quiénes resultan favorecidos por los criterio de valoración, Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2003, de 2 de junio de 2003 (LA LEY 12376/2003): "*para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, (STC 73/1998, FJ 4), lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido. En efecto, la reducción de la puntuación exigible para aprobar el primer ejercicio se realizó por el Tribunal coordinador a la vista de los listados innominados de puntuaciones obtenidas y la medida afectó a todos los opositores, desconociéndose a priori quiénes resultaron favorecidos por este criterio de valoración.*"
- Sobre la estimación de la causa constitucional por predeterminación del resultado del concurso, Sentencia del Tribunal Constitucional número 281/1993 (LA LEY 2326-TC/1993), "*...otorgar veinte puntos al "mérito" de haber desempeñado con carácter*

accidental o temporal, en el Ayuntamiento de Leganés, la categoría objeto de la convocatoria y conceder –en cambio- a la suma total de los restantes "méritos", en su grado máximo, un total de veintiún puntos, supone llevar a cabo una auténtica predeterminación del resultado del concurso". En ese caso se infringe claramente un derecho constitucional pues fuera de ese concreto Ayuntamiento no se puntúa la experiencia.

- Sobre la nulidad por infracción de una concreta normativa vigente, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012 número de recurso 7091/2010 (LA LEY 51649/2012) al valorar de manera diferente una actividad regulada como igual en una normativa autonómica: *"…cuando en realidad es la misma función la realizada en la administración autonómica y en los Consells lnsulars, esto es, la contemplada en el artículo 62 de la ley 2/1999 de 24 de marzo General Turística de les Illes Balears según se certifica…*"
- Sobre la legalidad de la valoración de elementos diferenciados la Sentencia del Tribunal Supremo número 1168/2016, recurso 1463/2015 (Número Cendoj 28079130072016100180) afirma que: "*No se vislumbra lesión constitucional en que las bases de la convocatoria valoren la experiencia en la asistencia farmacéutica en atención primaria, plaza aquí controvertida, tanto en centros públicos, nacionales o de la Unión Europea, y en instituciones privadas concertadas, aunque con diferente valoración. Ni tampoco que la experiencia farmacéutica hospitalaria, en plazas de aquella naturaleza, solo se prevea para instituciones sanitarias públicas y no en privadas, en razón de no constituir funciones equiparables*".
- Sobre la pretensión en el recurso, bajo apariencia de causa nulidad, de un juicio sobre la equiparación de funciones entre puestos, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2015, número 674/2014 (Cendoj 28079130072015100209): "*…con la sola lectura de los términos en que está planteada, nos reclama, no la comprobación de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno Derecho, sino un juicio sobre la correspondencia de las funciones de cuerpos y escalas diferentes, combinando la alegación de preceptos legales y reglamentarios que no contienen la exigencia expresa de homogeneidad funcional en la que insiste el recurrente con la de la Oferta de Empleo Público y la disposición adicional novena del Real Decreto 364/1995 , la cual ni contempla exactamente el supuesto que se dio aquí, ni exige homogeneidad sino solamente coincidencia del área de actividad o funcional cuando existan. En consecuencia, no dándose el presupuesto admitido por la jurisprudencia para revisar,*

con motivo de su aplicación, una base no impugnada en su día, debemos considerar que vincula a la Administración y a los participantes en el proceso selectivo…"

SEXTO.- CONCLUSIONES.

En conclusión cabe afirmar que la impugnación extemporánea de las bases de una oposición, o concurso oposición, no es una opción abierta a la libre decisión del recurrente, sino que se trata de una posibilidad sobrevenida permitida excepcionalmente por la jurisprudencia cuando cumpla básicamente los siguientes requisitos:

- Las bases contienen una previsión susceptible de incurrir en nulidad de pleno derecho, y no en anulabilidad.
- La previsión resulta direccionada, excluyente o atrayente para un tipo de candidatos frente a otros, no siendo de aplicación general, o inespecífica.
- Tal lesión del derecho no es sin embargo previsible a la vista de las bases, y por ello no se procede a su impugnación.
- La lesión del derecho se materializa en un momento posterior del proceso selectivo.
- Existe prueba en el expediente sobre tal nulidad.
- El recurso respeta la buena fe "contractual" y no representa una ventaja del recurrente, para modificar y adaptar a su caso particular la puntuación una vez conocido el resultado del proceso.
- El recurso respeta los legítimos intereses y derechos de quienes respetaron las reglas del juego.
- Los efectos de la estimación total o parcial del recurso deberán respetar igualmente los legítimos intereses y derechos de quienes respetaron las reglas del juego.

Entiendo, para finalizar, que **esta posibilidad creada por la jurisprudencia queda a medio camino entre la impugnación indirecta de los reglamentos** (sin que las bases de la oposición constituyan un reglamento) **y la revisión de oficio** (sin la mayor garantía para el administrado de la participación del Consejo de Estado u órgano equivalente) **y por ello presenta disfunciones difíciles de resolver y produce resoluciones y sentencias que hay que contextualizar en cada caso a fin de no entrar en interpretaciones contradictorias**.

Cada caso es cada caso.