

Documentación Administrativa, número 10, Junio de 2023  
Sección: CRÓNICAS  
Recibido: 29-05-2023  
Aceptado: 29-05-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11229>  
Páginas: 119-136



Referencia: Chaves García, J. R. / Rastrollo Suárez, J. J. (2023). Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del año 2023 (enero-abril). *Documentación Administrativa*, 10, 119-136. <https://doi.org/10.24965/da.11229>

## Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del primer período del año 2023

### *Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance in the first period of the year 2023*

Chaves García, José Ramón  
Ministerio de Justicia (España-Spain)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3886-1642>  
[kontencioso@gmail.com](mailto:kontencioso@gmail.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia en Asturias. Doctor en Derecho y miembro numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha sido profesor asociado de Derecho comunitario y Director General de Universidades e Investigación del Principado de Asturias.

Rastrollo Suárez, Juan José  
Universidad de Salamanca (España-Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>  
[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Universidad de Derecho administrativo en la Universidad de Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus en Derecho (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Secretario de la Revista Documentación Administrativa, del Instituto Nacional de Administración Pública de España y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes y Nariño (Colombia), Andina Simón Bolívar (Ecuador) o James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación State and Nation Making in Latin America and Spain (Universidad de Princeton, Estados Unidos), Sustainable cities and communities (Universidades de Coimbra, Ioan Cuza, Jena, Pavia, Poitiers, Salamanca y Turku) y Next Generation EU (Universidad de Salamanca) e investigador de la Unidad de Investigación Consolidada de la Junta de Castilla y León (núm. 302). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 20 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el urbanismo, la contratación pública y la función pública y, en general, la reforma y modernización de la administración pública en Europa y América Latina. Sus últimas obras son “Crisis, acción y reacción: el teletrabajo en el sector público”, Aranzadi, 2021 y “Guía para la planificación gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación Transformación y Resiliencia”, Aranzadi, 2021.

#### RESUMEN

A lo largo de la presente sección presentamos una síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa durante el primer período del año 2023.

#### PALABRAS CLAVE

Jurisprudencia casacional; empleo público; 2023.

## ABSTRACT

Throughout the present section, we introduce a summary of cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance during the first period of the year 2023.

## KEYWORDS

Cassation jurisprudence; public employment; 2023.

## SUMARIO

ADVERTENCIA PRELIMINAR. A) SENTENCIAS SOBRE ACCESO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. La oferta de empleo público para la estabilización de personal temporal no vulnera la normativa comunitaria frente a relaciones abusivas. STS de 21 de abril de 2023 (rec. 5972/2021). En línea con lo resuelto por la anterior STS de 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021) / La Oferta de Empleo Público para Estabilización de personal temporal no vulnera la directiva comunitaria. STS 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021) / La plaza de origen del funcionario en comisión de servicios, si obtiene destino en concurso de méritos, deja su plaza vacante como oferta de resultas. STS de 8 de mayo de 2023 (rec. 4363/2020) / Las causas de exclusión previstas en la Orden por las que se rigen los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Guardia Civil han de interpretarse con proporcionalidad y no de modo automático. STS de 21 de febrero de 2023 (rec. 4551/2021). / La limitación de movilidad administrativa para funcionarios de otra comunidad autónoma requiere limitación expresa de rango legal. STS de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021) / El tiempo de excedencia por cuidado de hijos ha de considerarse experiencia a efectos de acceso y provisión. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020) / Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, públicas o privadas, pueden considerarse prestados en «institución sanitaria» a efectos de méritos. STS de 8 de febrero de 2023 (rec. 4455/2020). Remisión a la STS de 13 de octubre de 2022 (rec. 3832/2020) / Los Tribunales calificadores pueden designar colaboradores sin el carácter de delegados, aunque no lo diga la convocatoria. Los participantes de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos anulados pueden excepcionalmente mantener sus plazas por razón del tiempo transcurrido. STS de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021) / La motivación del criterio de discrecionalidad técnica selectiva debe proceder del propio órgano de selección y dejar constancia en el expediente, pudiendo el órgano jurisdiccional corregir la aplicación de los baremos que sean claros y sin margen de apreciación. STS de 13 de abril de 2023 (rec. 4104/2020) / La atribución de la dirección de los Equipos de Atención Primaria a los médicos frente a los enfermeros es razonable atendiendo a las funciones directivas. STS de 17 de abril de 2023 (rec. 3600/2020) / El control de la motivación de los ceses en puestos de libre designación alcanza a verificar los hechos alegados que sostienen la inidoneidad. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 8411/2021) / Derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privado. STS de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021). B) SENTENCIAS SOBRE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021). Reitera el criterio de la STS 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020). C) SENTENCIAS SOBRE CONDICIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. El abuso en la contratación temporal no genera derecho automático a indemnización. STS 6 de marzo de 2023 (rec. 3889/2021), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2021 (rec. 6302/2018) y posteriores / Cese de funcionario interino policía local con relación abusiva: tiene la carga de alegar y probar el daño material o moral. STS de 9 de mayo de 2023 (rec. 5132/2019) / Reducción de jornada para atender un hijo escolarizado y atendido, según las circunstancias. STS de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021) / No puede discriminarse en la carrera profesional al personal estatutario interino y al personal eventual respecto del fijo. SSTs de 23 de marzo de 2023 (rec. 6768/2021, 1667/2021, 1807/2021, 1576/2021, y otras, reiterando la doctrina sentada con anterioridad). D) SENTENCIAS SOBRE INDEMNIZACIONES, RETRIBUCIONES Y PENSIONES / El grado personal se adquiere por el funcionario interino, ya esté regulado estatal o autonómicamente. SSTs de 30 de marzo de 2023 (rec. 5294/2021, rec. 5294/2021) / Las retribuciones de personal docente no universitario interino devengadas en cada nuevo curso han de ser las mismas que los funcionarios de carrera. STS de 30 de marzo de 2023 (rec. 8841/2021), en línea con las SSTs de 23 de marzo de 2023 (rec. 8833/2021, rec. 8840/2021) / El personal estatutario fijo en comisión de servicios en otra entidad, caso de admitírsele participar en los procedimientos de carrera profesional, tiene derecho al complemento correspondiente. STS de 27 de febrero de 2023 (rec. 675/2021) / El periodo de guardia localizada de los fiscales no puede calificarse automáticamente de «tiempo de trabajo» a los efectos de la compensación económica sustitutiva prevista en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. STS de 8 de marzo de 2023

(rec. 6592/2021) / El importe total del complemento específico es la referencia para la autorización de las actividades compatibles. STS de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021) / La reducción de jornada de los funcionarios locales con base a normas autonómicas debe ir acompañada de la disminución de retribuciones. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021) / La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que, el militar, disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, al no tener la naturaleza de retribución básica o complementaria. STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 781/2021). Reitera la doctrina de la STS de 24 de marzo de 2022 (rec. 5603/2020) / La asistencia jurídica al funcionario requiere previa solicitud y la autorización de la Administración. STS de 5 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021) / No procede la revisión de la incapacidad y pensión de retiro por agravamiento de patologías salvo en los casos tasados legalmente. STS de 17 de marzo de 2023 (rec. 6178/2021) / Las gratificaciones por jubilación anticipada requieren habilitación expresa por norma legal. STS de 26 de abril de 2023 (rec. 199/2022). Con remisión a anteriores STS de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020), SSTS de 28 de marzo de 2023 (rec. 2402/2021, 7490/2021, etcétera). E) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES DISCIPLINARIAS / El procedimiento disciplinario impone acudir supletoriamente a la normativa estatal disciplinaria antes que a la normativa autonómica sancionadora. STS de 12 de diciembre de 2022 (rec. 2288/2021). F) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES PROCESALES LIGADAS AL EMPLEO PÚBLICO / No pierde objeto el litigio de funcionario cuya relación se extingue, dependiendo de las pretensiones (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 4533/2021) / Las sanciones de suspensión de funciones son de cuantía indeterminada. STS de 28 de febrero de 2023 (rec. 6179/2021). Con referencia a anteriores, como STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 7778/2018), o 14 de marzo de 2022 (rec. 19 de diciembre de 2022 (rec. 3563/2020) / Los actos administrativos firmes en materia selectiva solo pueden revisarse por la vía de la revisión de oficio y ello con los efectos retroactivos propios de la nulidad. SSTS de 30 de marzo de 2023 (rec. 1771/2021, 1656/2021, 1926/2021, etcétera) / La revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. La nota de corte debe ser la inicialmente fijada. STS de 20 de enero de 2023 (rec. 7807/2020) / La competencia para conocer de las órdenes de servicios mínimos en caso de huelga es de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de febrero de 2023, rec. 7222/2020).

## ADVERTENCIA PRELIMINAR

Se indica el extracto de cada sentencia con la máxima aproximación a su literalidad para ofrecer una triple vertiente: la cuestión casacional, las razones aplicadas y la doctrina que se fija, aunque en unas ocasiones ésta se declara expresamente y en otros casos, se deriva de los fundamentos de la sentencia. Comprende las sentencias casacionales dictadas desde el 1 de diciembre de 2022 hasta el 15 de mayo de 2023. Se sistematizan en varios bloques:

- A) Sentencias sobre acceso y provisión de puestos de trabajo.
- B) Sentencias sobre situaciones administrativas.
- C) Sentencias sobre condiciones de trabajo.
- D) Sentencias sobre indemnizaciones, retribuciones y pensiones.
- E) Sentencias sobre cuestiones disciplinarias.
- F) Sentencias sobre cuestiones procesales ligadas al empleo público.

## A) SENTENCIAS SOBRE ACCESO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

**La oferta de empleo público para la estabilización de personal temporal no vulnera la normativa comunitaria frente a relaciones abusivas. STS de 21 de abril de 2023 (rec. 5972/2021). En línea con lo resuelto por la anterior STS de 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si para aprobar la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal, el art. 19.Uno.9 de la LPGE 2018 vulnera la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo temporal y, en su caso, si deben ser desplazadas por el principio de la primacía del Derecho de la Unión, con independencia de su rango legal, aplicándose directamente el Acuerdo Marco.

FUNDAMENTO.- No hay un derecho, que además opere de forma automática, permitiendo al funcionario interino mantenerse indefinidamente en la función pública, cuando la Administración en un intento, precisamente, de reducir la temporalidad en el empleo público para evitar el abuso que podría comportar su duración, aplica el TREBEP, incluyendo las plazas, con los criterios legalmente establecidos, en la oferta

pública de empleo, que es el escalón previo para que puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera, a cuyos procesos selectivos, que han de garantizar, la igualdad, el mérito y la capacidad ( artículo 14, 23.2 y 103.3 de la CE ), pueden presentarse los funcionarios interinos.

En definitiva, las medidas que reducen la temporalidad y pretenden estimular la duración indefinida en el desempeño de la función pública, mediante la cobertura definitiva de las plazas, como es el caso, no pueden vulnerar la Directiva 1999/70/CE, que se basa fundamentalmente, según su propio Preámbulo, en «reconocer que los contratos de duración indefinida, son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral». No se transgrede el Acuerdo Marco de la expresada Directiva cuando la finalidad es la reducción de la temporalidad y la cobertura indefinida de las plazas ofertadas.

DOCTRINA.- El artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, no vulnera la Directiva 1999/70/CE, a tenor de la jurisprudencia de la Sala Tercera.

### **La Oferta de Empleo Público para Estabilización de personal temporal no vulnera la directiva comunitaria. STS 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si para aprobar la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal, el art. 19.Uno.9 de las LPGE 2017 y 2018 vulnera la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo temporal y, en su caso, si deben ser desplazadas por el principio de la primacía del Derecho de la Unión, con independencia de su rango legal, aplicándose directamente el Acuerdo Marco.

FUNDAMENTO.- En definitiva, las medidas que reducen la temporalidad y pretenden estimular la duración indefinida en el desempeño de la función pública, mediante la cobertura definitiva de las plazas, como es el caso, no pueden vulnerar la Directiva 1999/70/CE, que se basa fundamentalmente, según su propio Preámbulo, en «reconocer que los contratos de duración indefinida, son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral». No se transgrede el Acuerdo Marco de la expresada Directiva cuando la finalidad es la reducción de la temporalidad y la cobertura indefinida de las plazas ofertadas.

DOCTRINA.- El artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, no vulnera la Directiva 1999/70/CE, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

### **La plaza de origen del funcionario en comisión de servicios, si obtiene destino en concurso de méritos, deja su plaza vacante como oferta de resultas. STS de 8 de mayo de 2023 (rec. 4363/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, en aquellos casos en los que un funcionario que preste servicios en régimen de comisión de servicios resulte adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos, si debe considerarse como vacante por resultas, bien la plaza que el mismo venía desempeñando en aquel régimen o bien la plaza que tiene adjudicada en origen antes de pasar a tal situación.

FUNDAMENTO.- Resulta incontrovertido que un funcionario que participa en un concurso general de méritos y obtiene una plaza genera vacante en la plantilla en que estuviera destinado en origen independientemente de que, en paralelo, estuviere ocupando otra plaza en comisión de servicios que también quedaría liberada con ocasión de la obtención en un concurso de méritos de otra plaza distinta de la que era titular.

Entender que la plaza vacante es sólo la desempeñada en comisión de servicios y no aquella sobre la que se ostentaba la titularidad resulta ilógico (...) cuando las plazas son de concurso de méritos y no de libre designación.

DOCTRINA.- En aquellos casos en los que un funcionario que presta servicios en régimen de comisión de servicios resulta adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos debe considerarse como vacante por resultas la plaza que tenía adjudicada en origen antes de pasar a la situación de comisión de servicios.

### **Las causas de exclusión previstas en la Orden por las que se rigen los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Guardia Civil han de interpretarse con proporcionalidad y no de modo automático. STS de 21 de febrero de 2023 (rec. 4551/2021)**

CUESTIÓN.- Si las causas de exclusión previstas en la Orden PCI 155/2019, de 19 de febrero, que aprueba las normas por las que han de regirse los procesos de selección para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Escala de cabos y Guardias de la Guardia Civil, actúan de forma automática, o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de las funciones de Guardia Civil.

FUNDAMENTO.- Las razones indicadas en el expediente administrativo para justificar las causas de exclusión aquí impugnadas carecen de fundamento y, por consiguiente, no pueden ser atendidas (...) carecen de justificación objetiva y, por ello mismo, son producto de la desnuda voluntad de la Administración. Son, en ese sentido, arbitrarias; es decir, fruto del mero arbitrio o decisión al margen de cualquier norma. De aquí que contravengan lo establecido por el art. 9 de la Constitución.

DOCTRINA.- Por razón del principio de proporcionalidad no cabe excluir al aspirante que tiene implantadas lentes fáquicas sin que, con base en la aplicación automática de esa causa exclusión, se hayan razonado las circunstancias por las que se aplica.

### **La limitación de movilidad administrativa para funcionarios de otra comunidad autónoma requiere limitación expresa de rango legal. STS de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021)**

CUESTIÓN.- (i) Determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el artículo 33.2 LJCA en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo. (ii) Si en un supuesto de movilidad horizontal entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial por el hecho de no estar destinado en la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica.

FUNDAMENTO.- 1. Sin necesidad de entrar ahora en si la Sala de apelación podría resolver el recurso de apelación por razones distintas de las alegadas y debatidas por las partes o si, por el contrario, ello constituiría una *mutatio libelli*, es lo cierto que en este caso lo que aquélla planteó fue un interrogante sobre la validez de una norma jurídica determinante del fallo. Y esto es algo que, en cualquier grado del proceso, puede y debe hacer el órgano jurisdiccional, porque la validez de las normas jurídicas aplicables no está a la libre disposición de las partes. Así lo demuestra que, tratándose de normas con rango de ley, el órgano jurisdiccional que las considera inválidas debe plantear cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución); y, tratándose de normas reglamentarias, debe inaplicarlas (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o declararlas ilegales con efectos *erga omnes* si tiene competencia para ello ( art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

2. Ninguno de los preceptos legales traídos a colación ( art.164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, arts. 39 y 52 de la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y arts. 78 y 84 del Estatuto Básico del Empleado Público) dispone que la movilidad interadministrativa para proveer plazas de policía local deba estar restringida a aquéllos funcionarios provenientes de municipios de la propia Comunidad Autónoma. La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso.

DOCTRINA.- La limitación para participar en la convocatoria de movilidad interadministrativa a los funcionarios provenientes de municipios de Cataluña fue impuesta sólo por un precepto reglamentario autonómico, y dado que éste ha sido declarado ilegal, por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es el órgano jurisdiccional con la última palabra en la interpretación del Derecho específicamente autonómico, a esa conclusión debe estarse.

### **El tiempo de excedencia por cuidado de hijos ha de considerarse experiencia a efectos de acceso y provisión. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si debe computarse el tiempo en la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo y si, en caso afirmativo, ese tiempo puede o debe computarse en los procesos selectivos de ingreso a la función pública o exclusivamente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

FUNDAMENTO.- El Estatuto de los Trabajadores no matiza que «antigüedad» no equivale a trabajo o servicios efectivos y, por otra parte, tratándose de acceso al empleo público como contratado laboral, según el Convenio colectivo aplicable, el «ingreso libre» es una modalidad de «provisión de vacantes». Hay que entender, por tanto, que al aplicarse el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a «los concursos para la provisión de puestos de trabajo» en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa.

DOCTRINA.- La Ley Orgánica 3/2007 ha de aplicarse a todos los empleados públicos, incluidos los contratados laborales y proyectarse en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección.

**Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, públicas o privadas, pueden considerarse prestados en «institución sanitaria» a efectos de méritos. STS de 8 de febrero de 2023 (rec. 4455/2020). Remisión a la STS de 13 de octubre de 2022 (rec. 3832/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si, a los efectos de baremación de méritos en procesos selectivos convocados por los Servicios de Salud, los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, sólo pueden alcanzar la categoría de institución sanitaria, si las residencias son de titularidad pública, o si, por el contrario, su naturaleza privada no obsta, por sí misma, a que los servicios sanitarios que en ella se prestan estén insertos en un sistema general y organizado, como es la red pública de residencias de mayores, y puedan alcanzar la categoría de institución sanitaria.

FUNDAMENTO.- La valoración del mérito no depende de la titularidad de la residencia de mayores, sino que viene determinada por la actividad sanitaria que allí se realiza. Por tanto, la unidad de asistencia médica de una residencia de mayores puede tenerse, a esos efectos, como «institución sanitaria» porque en ella se presta una «actividad sanitaria» definida en el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1277/2003, de ahí que sea un «servicio sanitario» sólo que prestado fuera de un «centro sanitario».

A las unidades de asistencia sanitaria de residencias de mayores de titularidad privada, permanentes, organizadas y adecuadamente dotadas con personal cualificado y medios, cabe entenderlas integradas en el sistema y organización de esas residencias. Además, tendría mayor alcance si forman parte de la oferta asistencial de «centros sanitarios», en cuyo caso la idea de «sistema general y organizado».

DOCTRINA.- Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores pueden considerarse prestados en «institución sanitaria», ya sean residencias de titularidad pública o privada.

**Los Tribunales calificadoros pueden designar colaboradores sin el carácter de delegados, aunque no lo diga la convocatoria. Los participantes de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos anulados pueden excepcionalmente mantener sus plazas por razón del tiempo transcurrido. STS de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021)**

CUESTIONES.- 1.<sup>a</sup> Si la falta de previsión en las bases de convocatoria selectiva, de la posibilidad de que el tribunal calificador delegue su competencia en la valoración de los candidatos, impide, en todo caso, tal delegación. 2.<sup>a</sup> Matizar, si procede, la jurisprudencia sobre terceros de buena fe. En concreto si infringe la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que ampara a los que superaron el proceso selectivo y obtuvieron plaza, si al retrotraerse el proceso selectivo no superan la fase en la que se apreció la nulidad.

FUNDAMENTO.- 1.<sup>a</sup> Cuestión. Es aplicable el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado (artículo 1.1), aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, del que interesa ahora su artículo 29 que al remitirse al Título I hace que rija lo previsto en el artículo 13.3, que dispone lo siguiente: «3. Los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas».

Cabe, por tanto, que el órgano de selección cuente con asesores, posibilidad que deberá preverse en las bases y que intervendrán a título de colaboración o auxilio, no como órganos delegados. De esta manera el órgano de selección ostenta la titularidad y asume el ejercicio de la competencia, luego dirige el proceso selectivo, y es quien evalúa y finalmente selecciona a los aspirantes, si bien puede contar con el asesoramiento de expertos para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas. Tratándose de procesos selectivos y a falta de una regulación expresa que lo prevea, no cabe hablar en estos casos y con propiedad de delegación, pues implicaría que el órgano de selección como delegante cedería al delegado -siempre otro órgano administrativo- el ejercicio de la competencia de la que es titular.

2.<sup>a</sup> Cuestión. Aquellos aspirantes que superan un proceso selectivo anulado o declarado nulo, y obtuvieron plaza, deben ver respetada su situación cuando sean ajenos a la causa determinante de la nulidad o anulación y así se justifique por el tiempo transcurrido desde la obtención de la plaza. En tales supuestos venimos manteniendo que no debe verse afectada la situación de quienes fueron nombrados en su día porque

así lo exigen razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad, sin exceder en este caso de lo previsto en el artículo 3.2 del Código Civil.

Este criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior.

DOCTRINA.- 1.<sup>a</sup> Cuestión. A falta de previsión en las bases de la convocatoria del proceso selectivo o por no preverlo con carácter general la normativa que regule el proceso selectivo, no cabe que un órgano de selección o tribunal calificador delegue la valoración de los aspirantes, si bien podrá contar con la colaboración o auxilio de expertos o asesores para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes.

2.<sup>a</sup> Cuestión. No procede modificar la jurisprudencia sobre los terceros de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan por los recurrentes a favor de los que falla las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios determinantes de la estimación de sus pretensiones.

**La motivación del criterio de discrecionalidad técnica selectiva debe proceder del propio órgano de selección y dejar constancia en el expediente, pudiendo el órgano jurisdiccional corregir la aplicación de los baremos que sean claros y sin margen de apreciación. STS de 13 de abril de 2023 (rec. 4104/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar las exigencias de motivación de los órganos de selección de empleados públicos en el ejercicio de la discrecionalidad técnica de valoración de los méritos y pruebas, y concretar cuáles son los límites de los tribunales de justicia en el control de la misma.

FUNDAMENTO.- Es verdad que el art. 35.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se remite a las bases de la convocatoria para regular el modo de motivar los actos que ponen fin a los procesos selectivos. Pero ello no puede interpretarse en el sentido de que, ante el silencio o la insuficiencia de las bases, la Administración no deba satisfacer ciertos requisitos mínimos en materia motivación. Tales son, sin duda alguna, los criterios de valoración empleados en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Además, es importante que la motivación provenga del propio órgano técnico o tribunal calificador que ejerce la discrecionalidad técnica, así como que se deje constancia del sentido de las explicaciones o razones ofrecidas (...). La abundante jurisprudencia de esta Sala a propósito de la discrecionalidad técnica es constante al indicar que ésta cesa allí donde no hay verdadero margen de apreciación, con la consiguiente ampliación de la esfera de control por parte del órgano jurisdiccional.

DOCTRINA.- La motivación de las decisiones de los órganos de selección, ajustándose siempre a lo previsto en las bases de la correspondiente convocatoria, debe en todo caso exponer los criterios de valoración empleados, así como provenir del propio órgano de selección y dejar constancia de la misma en el expediente administrativo. En cuanto al control que puede ejercer el órgano jurisdiccional, cabe que éste corrija la aplicación de los baremos cuando éstos sean claros y no dejen margen de apreciación.

**La atribución de la dirección de los Equipos de Atención Primaria a los médicos frente a los enfermeros es razonable atendiendo a las funciones directivas. STS de 17 de abril de 2023 (rec. 3600/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si el artículo 6.1 de la LOPSS –que establece que corresponde a los licenciados sanitarios la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso de «atención integral de salud»– se refiere sólo a la dirección y evaluación del proceso asistencial o si comprende también la dirección y evaluación del funcionamiento de la unidad en la que se agrupan diferentes profesionales sanitarios, en este caso, las direcciones de los EAP.

FUNDAMENTO.- Del contraste de funciones entre médicos y enfermeros se deduce que, de acuerdo con la amplitud de su función asistencial y en coherencia con la carga formativa que eso exige, al médico le corresponde la intervención general sobre la salud mediante actos que le cualifican y que comprenden diag-

nosticar, pronosticar, instaurar un tratamiento o terapia y su seguimiento; y al enfermero le corresponde actuar sobre la salud según sus competencias profesionales que se actúan en las diferentes fases del proceso sobre la atención a la salud, cuya relación con la actividad asistencial del médico se desempeñan en términos de vinculación, coordinación, complementariedad y colaboración. (...) A esa conclusión se llega también desde otras normas de las que se deduce la idea de superior dirección del médico en el proceso de atención integral sobre la salud del paciente. Así cabe apuntar, por ejemplo, lo deducible de los conceptos de médico responsable e historia clínica (cfr. artículos 3 y 14.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

DOCTRINA.- Pues bien, esos dos ámbitos –el profesional y el organizativo– confluyen en la asistencia integral de la salud en su primer nivel, la atención primaria, de manera que a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que si la Administración competente al regular la organización y gobierno de los EAP opta por encomendar su dirección o coordinación al personal sanitario -caso de autos-, es razonable que esa función recaiga en el médico en coherencia con su cometido asistencial y cualificación profesional al corresponderle la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso asistencial en el que interviene el enfermero ejerciendo sus atribuciones profesionales en una relación respecto del médico de vinculación, colaboración, coordinación y complementariedad.

### **El control de la motivación de los ceses en puestos de libre designación alcanza a verificar los hechos alegados que sostienen la inidoneidad. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 8411/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación, y si, a tal efecto, resulta extensible la doctrina jurisprudencial establecida en cuanto respecta al deber de motivación de los acuerdos de cese en puestos de libre designación, también aplicable en el ámbito de la Guardia Civil. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 9, 23, 103 y 106, de la Constitución, 35 y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTO.- Nuestra jurisprudencia que exige no sólo la motivación formal del cese en el puesto o destino de libre designación por razones de idoneidad profesional sino, además, la exigencia de que esa motivación no sea vaga, imprecisa o rituaría, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos.

Pues bien, en ese juicio de inidoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza, habrá un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir y que no es otro sino al que nos referimos en la sentencia 1198/2019, pero esto no quita para que pueda plantearse si «son ciertos los hechos en los que se fundamentó la pérdida sobrevenida de la idoneidad» tal y como hemos declarado en la sentencia 723/2021, de 24 de mayo, recurso de casación 2453/2018, luego si es exigible que la razón del cese se explicita -y así se ha hecho- no cabe excluir sin más que se pueda enjuiciar.

En el caso concreto aprecia que «No cabe, por tanto, prescindir de los hechos y atender sólo a que se invoque la pérdida de confianza pues con tal parecer se obvia el sentido, fin y alcance de la confianza que informa el sistema de libre designación como modo de provisión de destinos profesionales, no de puestos de mera confianza subjetiva.».

DOCTRINA.- 1.º Reiteramos la jurisprudencia plasmada en la sentencia 1198/2019, seguida por otras posteriores, en cuanto a la exigencia de motivación de los actos de cese en puestos de libre designación.

2.º Reiteramos lo declarado en la sentencia 1183/2022, en cuanto a la aplicabilidad de la citada jurisprudencia a los miembros de la Guardia Civil respecto al cese en destinos de libre designación.

3.º Reiteramos lo declarado en la sentencia 723/2021 en cuanto a que cabe el control jurisdiccional de la certeza de los hechos alegados para sostener la pérdida sobrevenida de idoneidad para el destino.

### **Derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privado. STS de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si el derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el



centro o centros de trabajo públicos o privados en los que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, es extensible a quienes están unidos por vínculo estatutario temporal con nombramiento interino, o, por el contrario, se reconoce únicamente a quienes mantienen vínculo estatutario fijo o son funcionarios de carrera, a tenor del artículo 74.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

FUNDAMENTO.- El artículo 74.3 de la LRBRL tutela el ejercicio del cargo de concejal y respecto de funcionarios de carrera o personal estatutario fijo esa tutela responde a la necesidad de no entorpecer el desempeño de esa función representativa, de ahí que no puedan ser trasladados por decisión administrativa por lo que en tanto sean concejales sin dedicación exclusiva se les garantiza «la permanencia en el centro o centros de trabajo».

Tratándose de interinos no cabe oponer tal garantía si la Administración actúa como el ordenamiento prevé y le ordena que actúe, esto es, que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario fijo: esa es la normalidad o regularidad jurídica y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica.

DOCTRINA.- La garantía de la función representativa que prevé el artículo 74.3 de la LRBRL en principio puede ser aplicada a los funcionarios interinos o al personal estatutario interino, si bien no puede ser obstáculo para que la Administración ponga fin a su relación de servicios bien por amortización de la plaza o bien por cobertura mediante funcionarios de carrera o personal estatutario fijo.

## **B) SENTENCIAS SOBRE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS**

### **La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021). Reitera el criterio de la STS 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, si la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

FUNDAMENTO.- No estamos frente a un cese de la relación de servicios acordado por la Administración, sino frente a una solicitud de excedencia voluntaria de un funcionario en cuyo nombramiento la Administración estableció que puede extinguir la relación cuando la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido o no existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina (...) Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

DOCTRINA.- La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

## **C) SENTENCIAS SOBRE CONDICIONES DE PUESTOS DE TRABAJO**

### **El abuso en la contratación temporal no genera derecho automático a indemnización. STS 6 de marzo de 2023 (rec. 3889/2021), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2021 (rec. 6302/2018) y posteriores**

CUESTIÓN.- Determinar si ha existido abuso en la contratación en los términos de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, en el caso de sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal, y, en caso afirmativo, si tiene derecho a la indemnización de 33 días por año de servicio.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 10.3 y 63 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público; los artículos 9 y 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 56.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

FUNDAMENTO.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio (...) Cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un «estatuto» en gran medida heterónomo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a Derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. (...) Ni que decir tiene, en fin, que cuanto se acaba de razonar no significa que quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva no pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido.

DOCTRINA.- La utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.

Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no permiten.

### **Cese de funcionario interino policía local con relación abusiva: tiene la carga de alegar y probar el daño material o moral. STS de 9 de mayo de 2023 (rec. 5132/2019)**

CUESTIÓN.- Determinar si a tenor de las sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recs. 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal interino y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma.

FUNDAMENTO.- 1.º Que el hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva no implica, automáticamente, que el funcionario interino cesado haya sufrido un daño efectivo e identificado, luego no cabe reconocer un derecho a indemnización por esa sola circunstancia.

2.º Sí cabrá reclamar por aquellos daños materiales o morales, por una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Para ello deberá presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños.

DOCTRINA.- Si lo reclamado era una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el cese y los cuantificó según los criterios propios de la relación laboral, habría abandonado la carga procedimental de justificar o probar no sólo la existencia de un daño real y efectivo sino, además, su cuantía y la pertinencia de

los criterios de cuantificación. Sin embargo, su pretensión siempre ha sido -y así lo estima la demanda- que se la indemnice y que su indemnización sea a modo de sanción por el abuso de la temporalidad, para lo que aplica a las relaciones estatutarias funcionariales la lógica de las relaciones laborales.

En fin, la Sala no ignora que lo que en su momento pretendió la recurrente, y estima la sentencia impugnada, tiene ya respaldo legal en la disposición adicional decimoséptima.4 del EBEP, introducida por la Ley 20/2021. Esto es cierto, pero como hemos dicho también, esta innovación normativa rige *pro futuro* y en este caso, a la relación estatutaria de la recurrente y en especial a su cese, le era aplicable la normativa y la jurisprudencia que hemos expuesto.

### **Reducción de jornada para atender un hijo escolarizado y atendido, según las circunstancias. STS de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si los requisitos previstos en el artículo 49.e) del EBEP para obtener el permiso se cumplen cuando el menor está escolarizado y recibe por el centro educativo los cuidados necesarios para tratar su enfermedad, sin necesidad, durante ese periodo, del cuidado directo, continuo y permanente por parte del solicitante del permiso.

**FUNDAMENTO.-** No hay razón para alterar nuestra jurisprudencia según la cual la escolarización no impide el reconocimiento del permiso previsto en el artículo 49.e) del EBEP, luego es compatible con la exigencia legal de que precise un cuidado directo, continuo y permanente por parte del progenitor que solicita para sí tal permiso. Aunque la regulación del artículo 49.e) del EBEP precisa del desarrollo reglamentario que prevé su párrafo último, lo que no se ha hecho, habrá que recordar que ese permiso está en la línea de la conciliación de la vida profesional con la familiar y que lo regulado en el EBEP son «condiciones mínimas» en cuanto que exige un cuidado con esas características, que los dos progenitores trabajen y que la reducción de la jornada sea «al menos» del 50%.

**DOCTRINA.-** Ante la falta de tal desarrollo reglamentario y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA completamos la jurisprudencia que hemos ido elaborando a base de casos concretos. De esta manera, a partir de las condiciones mínimas que regula el EBEP y para cuando el menor esté escolarizado añadimos lo siguiente:

1.º Que en caso de escolarización no cabe acudir de manera automática a dos planteamientos contrarios: o que, pese a la escolarización siempre procede la concesión del permiso, o que la escolarización excluye el permiso pues en horario escolar el menor no está al cuidado del progenitor solicitante.

2.º Reiteramos, por tanto, que la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores.

3.º Habrá que ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante.

4.º Por tanto, el permiso podrá concederse o denegarse o bien concederse pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor.

### **No puede discriminarse en la carrera profesional al personal estatutario interino y al personal eventual respecto del fijo. SSTS de 23 de marzo de 2023 (rec. 6768/2021, 1667/2021, 1807/2021, 1576/2021, y otras, reiterando la doctrina sentada con anterioridad)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si existe o no discriminación en el acceso a la carrera profesional en aquellos supuestos en los que el personal estatutario eventual y/o de sustitución del Servicio Madrileño de Salud resulta excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera profesional en relación con el personal estatutario fijo.

**FUNDAMENTO.-** No hay diferencia sustantiva entre éste y el eventual que justifique el distinto trato respecto de la carrera profesional. Y, desde luego, la razón no puede estar en que la negociación colectiva se limite al personal estatutario interino, ya que se halla en juego un aspecto importante del régimen jurídico del personal temporal eventual en un contexto normativo en el que la Ley 55/2003, al reconocer en su artículo 40 el derecho a la carrera profesional del personal estatutario, lo predica de todo él, sin distinguir ni excluir a ninguna de sus variedades. Son, pues, plenamente aplicables la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco.

DOCTRINA.- Declarar que es discriminatorio para este último, en las circunstancias expuestas, su exclusión de dicho acceso frente al personal fijo por no concurrir razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE, que la justifiquen, como lo pone de manifiesto que se haya reconocido al personal estatutario temporal interino.

#### **D) SENTENCIAS SOBRE INDEMNIZACIONES, RETRIBUCIONES Y PENSIONES**

##### **El grado personal se adquiere por el funcionario interino, ya esté regulado estatal o autonómicamente. SSTS de 30 de marzo de 2023 (rec. 5294/2021, rec. 5294/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de noviembre de 2018 en recurso de casación 1781/2017, es aplicable a los efectos de adquisición del grado personal, a los funcionarios interinos, aun cuando resulte de aplicación la normativa autonómica.

FUNDAMENTO.- El grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de «condiciones de trabajo» que utiliza la cláusula 4 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE (...) Sin que, por lo demás, tenga relevancia, a los efectos examinados de la aplicación del principio de no discriminación entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos o temporales que la regulación de los requisitos para la adquisición del grado personal se establezca por una norma estatal, como es el caso del Reglamento aprobado por RD 364/1995, o en una norma autonómica, como es el de la Ley andaluza 6/1984. Téngase en cuenta que la cuestión examinada no se refiere al cumplimiento de los requisitos que se establecen para consolidar el grado, respecto de lo que ha de estarse al régimen jurídico correspondiente, sino a su aplicación a los funcionarios temporales o interinos, que posteriormente adquirieron la condición de funcionarios de carrera y solicitaron el reconocimiento de los servicios prestados con anterioridad como funcionarios interinos.

DOCTRINA.- No puede denegarse la consolidación del grado personal a los funcionarios de carrera que antes de la formulación de la solicitud ya habían cumplido los requisitos exigidos por su respectiva normativa cuando prestaron servicios como funcionarios interinos.

##### **Las retribuciones de personal docente no universitario interino devengadas en cada nuevo curso han de ser las mismas que los funcionarios de carrera. STS de 30 de marzo de 2023 (rec. 8841/2021), en línea con las SSTS de 23 de marzo de 2023 (rec. 8833/2021, rec. 8840/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si el nombramiento de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al inicio del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que las funciones docentes que están llamados a desempeñar se desarrollan desde el inicio del período lectivo y no desde el comienzo del curso escolar, comporta o no un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera.

FUNDAMENTO.- No existen razones objetivas para tal trato discriminatorio.

DOCTRINA.- El nombramiento de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al inicio del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que las funciones docentes que están llamados a desempeñar se desarrollan desde el inicio del período lectivo y no desde el comienzo del curso escolar, comporta un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera.

##### **El personal estatutario fijo en comisión de servicios en otra entidad, caso de admitírsele participar en los procedimientos de carrera profesional, tiene derecho al complemento correspondiente. STS de 27 de febrero de 2023 (rec. 675/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar respecto del personal estatutario en comisión de servicios en otro Servicio del Sistema Nacional de Salud (SNS) distinto del de origen, si cabe supeditar los efectos retributivos derivados del reconocimiento de nivel o grado de carrera a la obtención de una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud donde se encuentre prestando servicios.

FUNDAMENTO.- Sobre la carrera profesional las Administraciones sanitarias están apoderadas para ejercer su potestad de desarrollo (artículo 41.2 in fine de la Ley de Cohesión) en cuanto a «sus propios

centros y establecimientos ( artículo 38.1 de la Ley de Ordenación) o para “sus servicios” (artículo 40 del EMPSS). Esto no se discute, pero si, como hemos visto y conforme a la normativa básica, en comisión de servicios se está en servicio activo, que implica plenitud de derechos estatutarios, habrá que concluir que no pueden escindirse las consecuencias económicas del régimen de reconocimiento de la carrera profesional.

Esa conclusión debe ser, sin embargo, matizada. En efecto, en el ejercicio de esta potestad de desarrollo y autoorganización, cabe que para el reconocimiento de la carrera profesional un Servicio de Salud excluya al personal estatutario fijo procedente de otro Servicio de Salud y que tiene en comisión de servicios.

DOCTRINA.- El personal estatutario fijo destinado en comisión de servicios en un Servicio de Salud distinto del suyo de origen, si en ese otro Servicio de Salud se le permite participar en los procedimientos de reconocimiento del nivel de carrera profesional previstos para su propio personal y se le reconoce un nivel, no cabe que se excluyan las consecuencias retributivas en cuanto al complemento de carrera profesional.

### **El periodo de guardia localizada de los fiscales no puede calificarse automáticamente de «tiempo de trabajo» a los efectos de la compensación económica sustitutiva prevista en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. STS de 8 de marzo de 2023 (rec. 6592/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar, si el derecho al descanso, o en su caso, a una compensación económica sustitutiva, por el desempeño de guardias de 24 horas por parte de los integrantes de la carrera fiscal, se integra o no en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

FUNDAMENTO.- No procede realizar una aplicación automática del «tiempo de trabajo», cuya calificación es esencialmente casuística, pues corresponde a los órganos jurisdiccionales, verificar si procede o no aplicar dicha calificación al tiempo de la guardia localizable. Esta valoración ha de hacerse teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de las limitaciones adicionales impuestas, si es que concurren. Verificando si tales restricciones adicionales inciden y restringen su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y pueda dedicarse a sus propios intereses.

Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, insistimos, no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias. No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurren restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos persona.

DOCTRINA.- No procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, que ahora se solicita, pues ni se han alegado de modo concreto y específico, ni se han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias.

### **El importe total del complemento específico es la referencia para la autorización de las actividades compatibles. STS de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si a los efectos de la aplicación del 30 de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada, en el ámbito particular de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe del complemento específico singular, como defiende la actora, o debe considerarse el importe total del complemento específico, como defiende la Administración y la sentencia impugnada.

FUNDAMENTO.- Si la finalidad subyacente al art. 16.4 de la Ley 53/1984 es permitir la compatibilidad con actividad privada tan sólo a los funcionarios con un complemento específico modesto o poco consistente, que la propia norma fija en lo inferior al 30 de las retribuciones básicas, dicha finalidad no se ve en absoluto frustrada por computar el complemento específico en su conjunto.

DOCTRINA.- A los efectos de la aplicación del 30 de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe total del complemento específico.

### **La reducción de jornada de los funcionarios locales con base a normas autonómicas debe ir acompañada de la disminución de retribuciones. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar, si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del art. 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

FUNDAMENTO.- El artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público dice así: «h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida».

No es el único supuesto en el que este artículo 48 impone la disminución de haberes. Así, la exige en el caso de la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros [apartado g)]. Y el artículo 49 que contempla los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados d) e) y f).

Así, pues, es cierto que el precepto reglamentario valenciano aplicado por la sentencia objeto de este recurso de casación se aparta, mejor dicho, se opone a la prescripción del artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público y la consecuencia no puede ser otra que desestimar la pretensión de no reducirse las retribuciones.

DOCTRINA.- La concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

### **La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que, el militar, disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, al no tener la naturaleza de retribución básica o complementaria. STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 781/2021). Reitera la doctrina de la STS de 24 de marzo de 2022 (rec. 5603/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si la indemnización por residencia debe reducirse durante el plazo en el que el militar disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor o, por el contrario, debe mantenerse inalterable. Ello según el artículo 6 del Decreto 361/1971, de 18 de febrero, sobre indemnización por residencia, artículos 22 y 25 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y artículos 28 y 48 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

FUNDAMENTO.- Hay ciertos supuestos de reducción de jornada -como el aquí considerado- que constituyen un derecho subjetivo del militar y, por consiguiente, que no admiten un margen significativo de discrecionalidad en cuanto a su otorgamiento. Así, por el contexto del momento en que la mencionada norma reglamentaria fue aprobada, cabe considerarla poco acorde con las previsiones legislativas vigentes en materias de permisos de los empleados públicos, incluidos los militares. La plena efectividad de las correspondientes normas legales justifica, por tanto, la indemnización para compensar el riesgo o penosidad del destino que, efectivamente, no desaparecen durante el tiempo en que la jornada de trabajo ha sido reducida.

DOCTRINA.- La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que el militar disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor.

### **La asistencia jurídica al funcionario requiere previa solicitud y la autorización de la Administración. STS de 5 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar los requisitos y la forma en que se debe ejercer el derecho recogido en el artículo 14.f) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en especial si en todo caso es necesaria la previa solicitud del titular del derecho o se puede eximir de la misma en los supuestos de conflicto de intereses entre la administración y el empleado público.

FUNDAMENTO.- Partimos de que la satisfacción de ese derecho implicará para la Administración asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14.f) del EBEP sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos y valorar el coste.

Lo dicho opera con normalidad en caso de procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario pues tal derecho se ejerce respecto de los «procedimientos que se sigan». Pero la lógica del artículo 14.f) del EBEP rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario. Si ese es el caso va de suyo que en su momento lo comunicó a la Administración, que lo autorizó, o lo solicitó y se le denegó porque la Administración entendió que, indiciariamente, no concurría el presupuesto del artículo 14.f) o que había conflicto de intereses.

Lo expuesto es trasladable a la segunda parte de la cuestión de interés casacional pues en caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14.f) del EBEP y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla.

DOCTRINA.- En todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario para recibir asistencia jurídica de la propia Administración. En caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad.

### **No procede la revisión de la incapacidad y pensión de retiro por agravamiento de patologías salvo en los casos tasados legalmente. STS de 17 de marzo de 2023 (rec. 6178/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si, en el caso de militares profesionales al servicio de las Fuerzas Armadas, cabe la revisión de las situaciones de incapacidad permanente por acto de servicio, mediante la instrucción del correspondiente expediente administrativo, en el caso de agravamiento de las patologías que determinaron su resolución de compromiso por dicha situación de incapacidad.

FUNDAMENTO.- El artículo 2 del Real Decreto 710/2009 tiene por objeto la mejora de las pensiones ordinarias por incapacidad permanente para el servicio o por inutilidad pero sucede que el recurrente ni tiene reconocida una pensión por esa causa, aunque sea por las razones temporales que explica, ni sería una pensión ordinaria la que hubiera tenido, caso de permitirlo la regulación vigente. Es decir, no reúne los requisitos para servirse del cauce que ofrece ese precepto.

DOCTRINA.- En las circunstancias del caso, no cabe acudir al artículo 2 del Real Decreto 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de pensiones de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales.

### **Las gratificaciones por jubilación anticipada requieren habilitación expresa por norma legal. STS de 26 de abril de 2023 (rec. 199/2022). Con remisión a anteriores STS de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020), SSTS de 28 de marzo de 2023 (rec. 2402/2021, 7490/2021, etcétera)**

CUESTIÓN.- Determinar la naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada acordados por las entidades locales, que tienen un coeficiente reductor de la edad de jubilación.

FUNDAMENTO.- Es posible la existencia de régimen específico para colectivos de funcionarios, atendida la naturaleza de la actividad que desempeñan, que impide, entre otras cosas, acceder al régimen general para alcanzar la jubilación anticipada.

DOCTRINA.- Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones -cualquiera que sea su denominación en cada caso- por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la

medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local.

DOCTRINA.- No cabe conceder gratificaciones por la jubilación de funcionarios sin contar con norma legal de alcance general que le dé cobertura.

## **E) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES DISCIPLINARIAS**

### **El procedimiento disciplinario impone acudir supletoriamente a la normativa estatal disciplinaria antes que a la normativa autonómica sancionadora. STS de 12 de diciembre de 2022 (rec. 2288/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si cabe incluir el procedimiento disciplinario, dentro del procedimiento sancionador ordinario que contempla la regulación cántabra, a efectos del cómputo del plazo de caducidad previsto en la misma o, por el contrario, es aplicable la normativa estatal supletoria al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario.

FUNDAMENTO.- Con carácter supletorio, y ante la falta de regulación específica al respecto, por el Estatuto Básico del Empleado Público, debe ser de aplicación el expresado Reglamento, que tiene carácter supletorio para los funcionarios de las Administraciones Públicas. Y no el plazo general para resolver del artículo 21.2 de la Ley 39/2015, que postula la parte recurrente.

DOCTRINA.- No cabe incluir el procedimiento disciplinario dentro del procedimiento administrativo sancionador que contempla la regulación cántabra a efectos del cómputo del plazo de caducidad, ya que es aplicable la normativa estatal supletoria al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario.

## **F) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES PROCESALES LIGADAS AL EMPLEO PÚBLICO**

### **No pierde objeto el litigio de funcionario cuya relación se extingue, dependiendo de las pretensiones (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 4533/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si cuando se litiga en materia de provisión de puestos de trabajo, cabe declarar la terminación del proceso por pérdida sobrevenida del objeto del recurso cuando durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo el recurrente pierde la condición de funcionario por su jubilación forzosa, al aplicarse el artículo 22.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

FUNDAMENTO.- La apreciación de ese mantenimiento o perpetuación del interés legitimador va ligado a las circunstancias del caso, pasando por el tamiz del principio *pro actione* y de que, aun cuando una resolución de inadmisión satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, más plenamente lo hace si se resuelve sobre el fondo.

DOCTRINA.- El hecho de extinguirse la relación de servicios de un empleado público durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo, no supone, por sí mismo, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso a los efectos de la aplicación supletoria de los de los artículos 22.1 y 413.1 de la LEC, pues habrá que estar al contenido y alcance de las pretensiones ejercitadas así como a las circunstancias del procedimiento jurisdiccional.

### **Las sanciones de suspensión de funciones son de cuantía indeterminada. STS de 28 de febrero de 2023 (rec. 6179/2021). Con referencia a anteriores, como STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 7778/2018), o 14 de marzo de 2022 (rec. 19 de diciembre de 2022 (rec. 3563/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, primero, si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción disciplinaria de suspensión de funciones, con pérdida de las retribuciones correspondientes, cuando estas resultan inferiores a 30.000 euros; y segundo, de ser la cuantía determinable, qué conceptos han de ser tomados en consideración para el cálculo y fijación de la cuantía del recurso.

La normas que, en principio, serán objeto de interpretación son, en principio, los artículos 41, 42 y 81.1.a) 42 LJCA en relación con el artículo 24 CE.



**FUNDAMENTO.-** La sanción de suspensión de funciones de un empleado público, comporta un daño que va más allá de lo puramente económico como, por ejemplo, cambio de situación administrativa, pérdida de antigüedad más afectación a posibilidades de promoción o pérdida de acceso a actividades formativas, añadiendo la afección moral que comporta toda sanción.

**DOCTRINA.-** Cuando el asunto versa sobre una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo, ese mero dato basta para que sea de cuantía indeterminada a efectos del recurso de apelación. No es preciso, dicho de otro modo, que quien recurre en apelación alegue y acredite perjuicios de carácter no económico derivados de la sanción disciplinaria. La razón para llegar a esta conclusión es doble. Por un lado, esos posibles perjuicios de carácter no económico pueden no haberse manifestado en un primer momento. Por otro lado, la solución contraria exigiría entrar en el fondo de cada asunto para dilucidar la admisibilidad del recurso de apelación; algo que sería contraproducente para el fluido funcionamiento de los medios de impugnación y para la seguridad jurídica, que sin duda requieren criterios claros en materia de acceso a los recursos y de competencia funcional.

**Los actos administrativos firmes en materia selectiva solo pueden revisarse por la vía de la revisión de oficio y ello con los efectos retroactivos propios de la nulidad. SSTs de 30 de marzo de 2023 (rec. 1771/2021, 1656/2021, 1926/2021, etcétera)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en la hipótesis de que exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, dejados sin efecto a raíz de una infracción jurídica avalada por un pronunciamiento judicial firme; y (ii) en el supuesto de que sea innecesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de la referida infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

**FUNDAMENTO.-** El personal estatutario temporal tiene derecho a la carrera profesional porque ésta forma parte de las condiciones de trabajo y no hay razones objetivas en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE (...) Es desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea (...) si bien debe mantenerse el principio de que la remoción de los actos consentidos solamente puede lograrse, de ser procedente, a través de la revisión de oficio. También hay que decir que, en este caso, la Administración castellano-manchega no debió de tener duda de que esto era lo que le pedía la Sra. Rosaura –aunque formalmente no solicitara una revisión, ya que sí ponía de manifiesto la desigualdad injustificada a la que seguía sometido– y actuar en consecuencia.

Sin embargo, dicha Administración, escudándose en que mediaba un acto consentido, no ejerció la potestad que sin duda le reconoce el ordenamiento jurídico precisamente frente a actos de esa naturaleza para declarar su nulidad. Proceder éste que el tiempo ha hecho cada día menos comprensible pues, como sabemos, es ya constante la jurisprudencia que afirma que no cabe diferenciar al personal temporal –salvo que haya razones objetivas que lo justifiquen aquí no sólo no acreditadas sino ni siquiera mencionadas– en las condiciones de trabajo y que forma parte de ellas la carrera profesional (...) los efectos temporales de esa revisión han de ser los propios de la apreciación de una nulidad de pleno Derecho.

**DOCTRINA.-** Los actos administrativos consentidos por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno Derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

La respuesta a la segunda pregunta ha de ser que los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley castellano-manchega 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

**La revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. La nota de corte debe ser la inicialmente fijada. STS de 20 de enero de 2023 (rec. 7807/2020)**

**CUESTIONES.-** (i) Si resulta conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la revisión general acordada por la Administración, en virtud de la anulación de una base de la convocatoria de un

proceso selectivo, que da lugar al reconocimiento del derecho a ser incluidos en la lista de aprobados, a los aspirantes que superen la nota que resulta de ese proceso de revisión y con respeto a los que en la lista inicial habían superado el proceso.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de adjudicar una plaza al aspirante en un proceso selectivo, tras obtener por vía de revisión de actos nulos la posibilidad de superar la fase de oposición y pasar a la fase de méritos, cuál debe ser la nota de referencia que hay que tener en cuenta, si la del último aprobado en su día o la nueva nota que resulta del proceso de revisión, de acuerdo con el número máximo de plazas convocadas y sin perjuicio de terceros de buena fe.

FUNDAMENTO.- Ninguna solución es buena pues... solamente cabe aspirar a la que menos se aleje de los principios constitucionales en juego.

DOCTRINA.- En respuesta a la primera de las cuestiones que nos ha sometido el auto de admisión, que la revisión de oficio que pueda emprender la Administración de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. Y, en contestación a la segunda, procede decir que la nota de corte a aplicar a quienes se encuentren en las circunstancias de la recurrente es la inicialmente fijada.

### **La competencia para conocer de las órdenes de servicios mínimos en caso de huelga es de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de febrero de 2023, rec. 7222/2020)**

CUESTIÓN.- La determinación de la jurisdicción competente (social o contencioso-administrativa) para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 2.f) y 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

FUNDAMENTO.- Los destinatarios de la resolución impugnada no son los trabajadores en huelga sino los usuarios del servicio público que se presta.

DOCTRINA.- La jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga es la contencioso administrativa.