

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2085/2020

Ponente: **FERNANDO DE CASTRO**

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 3ª

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social**

Auto núm. /

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

DOÑA MARÍA VICTORIA DE LA CRUZ

DOÑA ANA MARÍA GARCÍA GARCÍA

DOÑA ANA MARÍA GARCÍA GARCÍA

En Madrid, a 9 de febrero de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. **FERNANDO DE CASTRO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N.º 1 de los de Burgos se dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2020, en el procedimiento n.º 536/2019 seguido a instancia de **DOÑA ANA MARÍA GARCÍA GARCÍA** contra la Universidad de Burgos, sobre despido, que estimaba la pretensión formulada.



SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, en fecha 11 de junio de 2020, que estimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 30 de julio de 2020 se formalizó por el letrado en nombre y representación de D. recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 18 de diciembre de 2020, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión casacional planteada consiste en determinar si la extinción del contrato del profesor asociado, que ha suscrito sucesivos contratos como tal, debe considerarse despido.

Recorre el trabajador la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos de 11 de junio de 2020, R. 155/2020, que estimó el recurso de la Universidad de Burgos frente a la sentencia de instancia que había estimado la demanda de despido del trabajador. El demandante ha prestado servicios como profesor asociado desde el 27 de octubre de 2010 hasta el 7 de octubre de 2019, a través de contratos de profesor asociado suscritos y a partir de octubre de 2013 prorrogados, anualmente. El actor realiza su actividad como arquitecto colaborado en una empresa en horario flexibles desde 2010 a 2012 y a partir de este momento en estudio de arquitectura como arquitecto con horario

flexible. Consta el descenso en el número de alumnos matriculados en la escuela Politécnica en la que presta servicios y del mismo modo se ha reducido los profesores del área en la que presta servicios. Mediante comunicación de 24 de junio de 2019 se le comunica la finalización de su contrato el 7 de octubre de 2019.

La sala, a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2019, R. 1193/17, y de acuerdo con pronunciamientos previos sobre asuntos similares, advierte que la contratación de profesores asociados es, por propia esencia, de carácter temporal y a tiempo parcial destinada a la docencia y que permite a los contratados compatibilizar dicha actividad con sus otras actividades profesionales independientes de la anterior. Considera que en el presente caso, el actor ha venido realizando otra actividad profesional compatible y ha impartido las asignaturas propias de su especialidad, con la propia actividad docente, en contra del criterio sostenido en la instancia y en relación directa con el artículo 217, por lo que el contrato se ha extinguido de acuerdo con lo previsto en el artículo 49. 1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de contraste es la del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2019, R. 1193/17, que estimó el recurso del trabajador y declaró que la extinción de su contrato de profesor asociado constituía u despido improcedente. El actor prestó servicios, con la categoría profesional de Profesor Asociado para la Universidad Politécnica de Cartagena –UPCT, sin interrupción desde el 4 de octubre de 2002, en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial (6 horas semanales), siendo prorrogado dicho contrato anualmente coincidiendo con los sucesivos cursos académicos, en el centro de trabajo “E.T.S. Ingeniería de Telecomunicación. Departamento: Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Área de Conocimiento: Teoría de la Señal y Comunicaciones”. Fue cesado por la empleadora mediante comunicación de fecha 9 de julio de 2014 y con efectos del día 15 de septiembre de 2014, por alegada terminación de contrato y tras haber informado en el sentido de no favorable para su continuidad el Consejo de Departamento; figurando, además, expresamente como hecho declarado probado, que “*el motivo del cese viene relacionado con el hecho de que la asignatura que el demandante creó y que ha impartido durante los últimos 11 años la da ahora Catedrático del Departamento*”.



La sala tras el análisis de la normativa aplicable y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014, C-190/13, considera que la Universidad demandada habría debido acreditar que se cumplían los presupuestos que legitiman la contratación de profesores asociados, en especial, que el contratado como tal había desempeñado durante todo el tiempo de la contratación una actividad profesional distinta a la universitaria, así como también, que ésta guardaba relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que, a su vez, se había desempeñado durante un lapso de tiempo más o menos amplio que confiera al candidato la condición de *“profesional de reconocido prestigio”*. Insiste en que del escueto contrato inicial suscrito entre las partes no consta el haberse cumplido todos y cada uno de los presupuestos básicos que legitiman este tipo de contratación temporal, y que ello bastaría por sí solo para concluir que la contratación temporal impugnada era fraudulenta y que el cese acordado por la empresa constituía un despido improcedente. Pero, además, como la finalización del contrato temporal se ha fundamentado en que la asignatura la pasaba a impartir el catedrático del departamento, en realidad el contratado temporal como profesor *“asociado”* estaba de hecho sustituyendo al referido catedrático actuando como un verdadero profesor *“sustituto”*, lo que no constituye la función ni la finalidad de la contratación temporal de los profesores asociados (en especial, *“desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad”*), puesto que, aunque se tratara de posibles necesidades permanentes de la docencia universitaria, la temporalidad debe ir unida a *“razones ligadas a la necesaria relación entre la realidad práctica y profesional con la formación de los alumnos, bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente, o a cualquier otra finalidad legalmente establecida”*, lo que tampoco se justifica acontezca en el caso enjuiciado.

SEGUNDO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de



Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)]. La contradicción no surge, en consecuencia, de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].

La lectura detenida de las sentencias comparadas manifiesta la imposibilidad de entenderlas como contradictorias. La sentencia considera elementos clave para decidir sobre la existencia de despido, la falta de prueba en torno a la realización de una actividad profesional por parte del profesor asociado y que la extinción del contrato se haya amparado en que la asignatura la iba a impartir a partir de ese momento por el catedrático. Y ninguno de dichos extremos concurre en la sentencia recurrida en la que consta la actividad profesional del demandante, diversa de sus tareas como profesor asociado y se menciona en los hechos el descenso de alumnos en la escuela Politécnica en la que el demandante prestaba servicios.

TERCERO.- En el trámite de alegaciones la parte recurrente pretende relativizar las diferencias expuestas, pero realmente no añade argumentos distintos a los ya expuestos o que puedan fundamentar la identidad alegada, centrándose en insistir en la concurrencia de fraude, que constituye el debate de fondo, en el que no cabe entrar sin superar el tes de contradicción. De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado

[REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos de fecha 11 de junio de 2020, en el recurso de suplicación número 155/2020, interpuesto por la Universidad de Burgos, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Burgos de fecha 21 de enero de 2020, en el procedimiento n.º 536/2019 seguido a instancia de [REDACTED] contra la Universidad de Burgos, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvase los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
BURGOS**

SENTENCIA: 00269/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
AVDA. REYES CATOLICOS 51B PLANTA 5, (EDIFICIO NUEVOS JUZGADOS)
Teléfono: 947284055 Fax: 947284056
N.I.G: 09059 45 3 2021 0000029
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000012 /2021 /
Sobre: ADMINISTRACION INSTITUCIONAL Y CORPORATIVA
De D/Dª:
Abogado:
Contra D./Dª UNIVERSIDAD DE BURGOS
Abogado: LETRADO DE LA UNIVERSIDAD
Procurador D./Dª

SENTENCIA N° 269

En BURGOS, a quince de diciembre de dos mil veintiuno.

Vistos por el

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de Burgos; los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por Procedimiento Abreviado N° 12/2021, instados por el letrado , en nombre y representación de siendo demandada la **UNIVERSIDAD DE BURGOS**, representada y defendida por el letrado .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el letrado se interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento abreviado, contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2020, adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, en materia de reclamación patrimonial interpuesta por (Expte. N.º 2019/) y, tras exponer los hechos y fundamentos que tuvo por convenientes, concluyó solicitando se dictara sentencia en la que se declare la nulidad en derecho de la citada resolución (o se anule, revoque, o deje sin efecto) objeto del presente recurso contencioso-administrativo y se le reconozca el derecho a ser indemnizado en la suma de 1.403,76.-Euros -indemnización

por daño patrimonial, 782,93.-Euros; daños morales producidos al alumno, 620,83.-Euros-, o, subsidiariamente, se reconozca el derecho a ser indemnizado en la suma de 782,93.-Euros -únicamente, indemnización por daño patrimonial, es decir, matrícula y tasas universitarias-, en cualquier caso, debiendo adicionarse los intereses legales que procedan, en su caso, con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Del anterior recurso se dio traslado a la parte demandada y, una vez tramitado conforme al artículo 78 de la L.J.C.A., se señaló para la vista el día 14 de diciembre, en cuyo acto la parte recurrente se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, oponiéndose la parte demandada a las pretensiones solicitadas.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2020, adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, en materia de reclamación patrimonial interpuesta por D (Expte. N.º 2019/).

Por la Universidad de Burgos se formuló oposición a la demanda defendiendo la legalidad de la resolución dictada por el Rector de la Universidad y en la que entendía no existía base para la pretendida responsabilidad patrimonial reclamada.

SEGUNDO.- Hemos de partir del artículo 106.2 de la Constitución Española que establece que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Del mismo modo el artículo 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público establece idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.

Para que concurra tal responsabilidad patrimonial de la Administración, se requiere según el artículo antes citado, que concurran los siguientes requisitos:

A) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

C) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, tal y como deriva de la Ley 40/2015, en el artículo 32, cuando señala que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del Caso Fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar. La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por economía, la de 6 de febrero de 1.996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa se trata de la reclamación de responsabilidad patrimonial que se ha planteado por quien se ha matriculado en el título propio de la Universidad de Burgos de Experto Universitario para Delegados de Protección de datos (online) para lo que satisfizo el importe correspondiente a la matrícula y tasas (782,93 euros). Expone que el título fue un completo caos tanto en su funcionamiento como en la calidad de la docencia y que el profesorado no tenía conocimiento académico en el ámbito de la protección de datos, ni siquiera en el derecho administrativo. Expone que el curso comienza el 2/5/2019 cuando debió haber comenzado el 1/3/2019 y que en la finalización del mismo hubo grandes problemas al presentar los trabajos de la última actividad por la plataforma virtual. Alega que la propia coordinadora del curso reconoció en un informe emitido que durante todo el curso hasta el mes de julio de 2019 tuvieron distintos problemas estructurales de naturaleza informática que han afectado seriamente al desarrollo de la docencia, se añadía en ese informe que *“Los problemas empezaron desde el primer día porque en UBU Virtual al principio no aparecía este curso. Cuando fue visible después de varios días, en la plataforma aparecían distintos cursos relacionados con esta*

materia y, sin embargo, en el que aparecía el profesorado no constaba la relación de alumnos matriculados. Es así que a los estudiantes no les llegaban los mensajes de bienvenida y, lo que resultó más grave, tampoco tenían acceso al material del curso actualizado que ya habíamos colgado en uno de los enlaces.''. También se exponía que hubo otro problema en relación a la conexión por Skype "Un segundo problema grave se produjo en relación a la imposibilidad de conectarnos por Skype profesional con todos los alumnos en una de las tutorías virtuales que se había establecido durante el curso. Después de llamar en repetidas ocasiones al informático e intentarlo durante distintos días en varios intentos, logramos que tres alumnos estuvieran en la tutoría en directo con el director del curso y para el resto se grabó y se dio acceso posterior desde la plataforma".

También se aludía a otro problema "Otro de los problemas se refiere a las pruebas tipo test que se llevan a cabo durante el curso. Los alumnos tienen un plazo limitado para contestar a las diferentes preguntas y, según nos hicieron constar vía correo electrónico, alguno de ellos había tenido problemas en la plataforma porque algunas de las preguntas no se cargaban.''

También se añadía que "el mayor problema de tipo informático tuvo lugar en el mes de julio cuando todavía estábamos en plazo para la entrega de la última actividad evaluable. Se trataba de una práctica -que podía ser individual o colectiva- en la que el estudiante tenía que identificar las amenazas a los que está expuesta una actividad de tratamiento. Para ello debían preparar un checklist de cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2018 y subirlo a la plataforma como fecha límite el 15 de julio de 2019. Sin embargo, justo por esas fechas el curso dejó de estar visible para los estudiantes. Muchos de ellos se pusieron en contacto con nosotros para manifestar su desconcierto porque además de no poder subir sus tareas, tenían acceso a los trabajos de sus compañeros. Cuando volvimos a ponernos en contacto con ellos después del periodo vacacional -y también con el servicio de informática de la Universidad- les dieron nuevamente acceso a la plataforma para que volvieran a subir sus trabajos, pero el problema informático persistía y, de hecho, el único trabajo que se podía ver con independencia del estudiante que seleccionaras era siempre el mismo (el de la alumna

. " Se añadía en ese informe que "Desconozco a qué datos tenían acceso los distintos estudiantes del curso, pero en mi caso concreto, al descargarme los trabajos de los alumnos siempre me aparecía el mismo (el de la alumna

). En este documento se podía ver el nombre y apellidos de quien lo había realizado y se podía acceder a su contenido. Ante este hecho, no resultaba posible calificar correctamente la última de las tareas del curso y los estudiantes -con un profundo malestar- nos enviaron de nuevo sus tareas al correo electrónico (ahora ya todos), para que pudiéramos evaluarlos. Por correo electrónico también se les comunicó su calificación final. La relación de estudiantes que habían superado el curso se tramitó a través de la Fundación para que les comunicara los trámites para la obtención del título, ya que a los profesores nos resultó imposible acceder al listado de alumnos y a las actas del curso a través de Sigma.''

Expone que ha habido una imprevisión en la organización del curso evidenciando esos problemas una carencia de previsión y preparación en este ámbito y añade asimismo que, estando prevista su finalización para el 15 de mayo de 2019, ello hubiera posibilitado a los alumnos presentarse a la convocatoria del día 12/7/2019 para el examen de Certificación de Delegado de Protección de Datos (DPD/DPO), lo que no se produjo por el retraso habido tanto en el comienzo del curso como en su finalización. Además de la devolución del importe de la matrícula y tasas, solicita que por vía de daño moral a consecuencia de la sensación de engaño, fraude y desasosiego, así como la pérdida de tiempo sufrida por el alumno que suscribe, y fruto de la incompetencia, dejadez, falta de preparación e incluso, de medios, por parte de la Universidad de Burgos, se le indemnice en 620,83.- Euros.

CUARTO.- Expuesto lo que antecede y, analizadas las alegaciones planteadas por actor y demandada, se considera que el recurso no puede ser acogido al entender que la parte actora ha efectuado un planteamiento un tanto desenfocado de la cuestión. En efecto, nos encontramos con que en realidad, por la vía de articular la responsabilidad patrimonial, se solicita la devolución al recurrente del importe de la matrícula que satisfizo y de las tasas correspondientes. El abonar un determinado importe por la matrícula de un curso o las tasas administrativas trae causa de la decisión así realizada por la parte para matricularse en esa actividad formativa y, su eventual devolución, está sujeta a la concurrencia de las causas así previstas para ello y, en concreto, respecto del importe de la matrícula procedería su devolución cuando así se solicitara por la parte antes del inicio del curso o bien, de acuerdo al art. 20.4 Ley 12/2001 de 20 de diciembre de tasas y precios públicos de la CCAA de Castilla León, cuando no se realice la actividad o no se

preste el servicio. Cuando de responsabilidad patrimonial se trata, como es el caso que nos ocupa, el daño que se reclama es aquel que ha implicado un menoscabo patrimonial, es decir, un detrimento patrimonial injustificado y que se ha motivado en nexo causal por la acción u omisión del servicio público en cuestión. En este caso, el abonar los importes de la matrícula o las tasas administrativas correspondientes no ha surgido en su nexo causal por una acción u omisión de la Administración, sino por la decisión del actor de cursar la matrícula para esos estudios. Tampoco se ha producido el hecho generador de la devolución como sería o bien la solicitud del interesado antes de su inicio o la ausencia de prestación del servicio en cuestión. Se estima así que en realidad por esta vía de responsabilidad patrimonial se han forzado los términos por la parte para así presentar como daño antijurídico lo que no es tal sino, sencillamente, el importe abonado en su momento como matrícula.

Al margen de lo ya expuesto, son meras manifestaciones de parte, y además sin acreditación alguna, las afirmaciones que se realizan sobre la ausencia de conocimientos académicos por parte del profesorado encargado de la docencia o , en general, sobre la falta de la mínima calidad del curso pues, en lo que se refiere su calidad, lo determinante a estos efectos es que el curso contaba con el reconocimiento correspondiente otorgado por entidad de certificación acreditada por ENAC cumpliendo las exigencias de certificación que se disponen por la Agencia Española de Protección de datos y sobre ello se recoge en el fundamento de derecho tercero de la resolución dictada en reposición, que aquí se da por reproducido. Lo único que es indudable y que es algo acreditado, es que efectivamente durante el desarrollo del curso hubo diversos problemas de índole informática que, aunque efectivamente fueron de entidad, se fueron intentando poner solución por la Universidad y no impidieron en definitiva que el curso fuera finalmente impartido y que, en cuanto a su evaluación, si bien no pudo realizarse en su mayoría por la plataforma virtual habilitada al efecto, se pudo acometer por medio de envío de los trabajos al profesor a través de correo electrónico permitiendo así en definitiva su evaluación y superada la evaluación, la obtención del título. Los diversos problemas informáticos, aun de entidad, no impidieron en definitiva que el curso fuera finalmente impartido y evaluado, y en el caso del interesado, superado, obteniendo en definitiva el título correspondiente. Por lo que se refiere al retraso en su finalización y que ello hubiera impedido acceder a la convocatoria del mes de julio de 2019 para el examen de certificación de delegado de Protección de Datos es lo cierto que, si bien la parte expone que tuvo que así esperar un año para poder examinarse, es igualmente cierto que es un extremo

que no acredita y nada tampoco se ha aportado desvirtuando lo así recogido en el fundamento de derecho quinto de la resolución dictada en relación a la existencia de hasta seis entidades de certificación capacitadas para efectuar las pruebas oficiales para obtener la certificación realizándose por las mismas las convocatorias oportunas. De igual modo, en relación a que el material facilitado a los alumnos no estuviera adaptado a la Lo 3/2018 ya se expone en el informe que el material fue modificado antes de dar comienzo al curso si bien el material que inicialmente se facilita a los alumnos todavía se refería al Proyecto de ley en lugar de a la Ley ya aprobada, aunque la propia parte reconoce que ese material, ya adaptado, se facilitó con posterioridad.

Por lo que se refiere al daño moral es lo cierto que si bien efectivamente es un daño indemnizable, está sujeto igualmente a la necesaria prueba del mismo, aun con las salvedades propias que la naturaleza de tal daño pueda conllevar. Se ha argumentado en este sentido el estado de nerviosismo o desasosiego o preocupación que pueda haber generado las disfunciones habidas en el desarrollo del curso, pero ello ni de lejos puede considerarse alcance entidad suficiente como para poder así encuadrarlo como daño moral pues, conforme nos indica la jurisprudencia, no es suficiente una mera situación de malestar o incertidumbre o nerviosismo salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave (STS, Contencioso sección 4 del 29 de junio de 2011 rec. 3561/2007), situación ésta de grave repercusión psicofísica que aquí no cabe entender acreditada. Ciertamente es que lógicamente se puedan haber generado molestias o situación de nerviosismo o inquietud en cuanto al desarrollo de la actividad del curso, en particular en su evaluación final, pero no se estima alcance entidad suficiente como para hacer así acreedor a la parte de indemnización por vía de daño moral.

QUINTO.- Aun rechazado el recurso no se estima procedente imposición de costas al valorar la concurrencia de legítimas discrepancias jurídicas entre las partes sobre la valoración del soporte fáctico acontecido que se estima justifican en este caso dicha no imposición.

Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLO

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2020, adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, en materia de reclamación patrimonial interpuesta por



(Expte. N.º 2019/ [] que ha sido objeto del presente recurso.
Sin imposición de costas.

NOTIFÍQUESE ESTA RESOLUCIÓN A LAS PARTES HACIÉNDOLES SABER QUE, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY REGULADORA DE ESTA JURISDICCIÓN, FRENTE A LA MISMA NO CABE INTERPONER RECURSO ORDINARIO.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



**T.S.J.CASTILLA Y LEON CON/AD SEC.2
BURGOS**

SENTENCIA: 00142/2021

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SECCION 2ª

Presidente/a Ilma.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 142/2021

Rollo de APELACIÓN N°: 23/2021

Fecha : 16/07/2021

PMU 2/2021 dimanante del P.A. 63/21 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Burgos.

Ponente

Letrado de la Administración de Justicia:

Ilmos. Sres.:

En la Ciudad de Burgos a dieciséis de julio de dos mil veintiuno.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, siendo Ponente la Sra. González García, ha visto en grado de apelación, el Rollo de Apelación Nº **23/2021** interpuesto contra el Auto de 26 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 2 de Burgos en la Pieza Separada de Medidas Cautelarísimas del Procedimiento Abreviado 63/2021 habiendo sido partes en esta instancia, como apelada la Universidad de Burgos, representada por el Procurador y asistida por la Letrado y como apelante representado por el Procurador y defendido por el Letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Burgos, en el proceso indicado, dictó Auto con fecha 26 de julio de 2018 cuya parte dispositiva dice: “*Teniendo en cuenta los razonamientos jurídicos anteriores SE ACUERDA LEVANTAR la medida cautelar de suspensión adoptada por el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos, denegando, en consecuencia, la medida cautelar solicitada en su momento por la parte recurrente. Sin condena en costas*”

SEGUNDO. - Contra dicha resolución por la parte recurrente se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, dándose traslado de este a la Administración demandada, quien ha impugnado el mismo, y remitidos los autos a esta Sala, una vez vencido el plazo de

personación de las partes, se señaló para votación y fallo el día **quince de julio de dos mil veintiuno**, lo que se ha llevado a cabo.

TERCERO. - En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Objeto de impugnación y argumentos jurídicos de la resolución apelada.

Es objeto del presente recurso de apelación, el Auto de 26 de marzo de 2021, dictado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 2 de Burgos en la Pieza Separada de Medidas Cautelarísimas del Procedimiento Abreviado 63/2021, el cual tras dejar constancia de la resolución sancionadora dictada por la Universidad de Burgos, así como de los argumentos invocados por el recurrente expresivos de los perjuicios que se le derivarían del levantamiento de la suspensión que, con carácter urgente se había acordado por Auto de esta Sala, de la resolución sancionadora de 22 de septiembre de 2020, resuelve en el Fundamento de Derecho Tercero, tras ponderar los intereses en juego, que:

1º Desde el punto de vista del recurrente, no cabe duda que la ejecución de la resolución sancionadora y, en definitiva, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión adoptada in audita parte y de manera provisional incide en su esfera personal y en su ámbito profesional como profesor universitario. Esa incidencia, atendiendo a lo alegada en defensa de la medida cautelar adoptada, tiene diferente intensidad según se va a indicar a continuación.

La no percepción de retribuciones durante el tiempo que dure la ejecución de la sanción de suspensión de funciones es relevante en el ámbito personal aunque no puede considerarse que por sí misma haga perder la finalidad legítima del recurso o produzca en el recurrente una situación irreversible y no recuperable en el caso de que se llegue a dictar una sentencia favorable a su tesis. No existe riesgo de que se

pierda la finalidad del recurso porque no se observa que la Administración demandada, atendiendo a su naturaleza y a la solvencia económica que le es propia, no pueda abonar al recurrente todos los salarios dejados de percibir en el supuesto de que llegue a anularse, por no ser ajustada a derecho, la resolución impugnada. No se considera que se produzca una situación irreversible porque el recurrente no ha aportado una prueba de la que se pueda deducir la carencia de recursos y, en definitiva, lo esencial de la retribución para poder sustentarse con la dignidad que le es propia a su condición de persona. El recurrente se limita a alegar el importe del salario que dejaría de percibir, cercano a los 180.000 euros, pero sin valorar, y también sin acreditar, la incidencia que ese hecho le produciría resultando que ello es necesario e imprescindible para poder apreciar que esa no percepción le produce una situación irreversible.

La incidencia que tiene la ejecución de la sanción impuesta en el aspecto tributario y en la cuantificación de la pensión de jubilación no puede considerarse que haga perder la finalidad del recurso ni tampoco que produzca una situación irreversible dado que la normativa aplicable, cuya cita no es necesario realizar en este momento, ofrece soluciones para que esa incidencia no se produzca en el caso de que la sanción se llegue a anular una vez ejecutada.

La incidencia que tiene la ejecución del acto impugnado sobre la tarea investigadora que realiza el recurrente como profesor universitario y sobre la imposibilidad de continuar realizándola en los grupos en los que está incluido así como la necesidad de dejar de pertenecer a la Agencia Andaluza de Evaluación puede considerarse de cierta relevancia y, en definitiva, generadora de un perjuicio de difícil reparación dado que no es fácil que el recurrente, en el caso de obtener una sentencia favorable, llegue a ocupar la misma posición que tenía antes de ejecutarse el acto impugnado. La relevancia dicha, sin embargo, debe relativizarse dado que la sanción de suspensión, a pesar de tener una duración importante, tres años, no deja de ser temporal sin que existan datos suficientes para poder entender que el recurrente, en un futuro, no pueda recuperar su posición como profesor investigador en términos semejantes o parecidos a la que mantiene antes de ejecutarse el acto. La pertenencia a la Agencia Andaluza de Evaluación ha de valorarse teniendo en cuenta lo alegado por la Universidad, que manifiesta que el nombramiento del recurrente se ha efectuado el día 3 de octubre de 2018 y lo es por 3 años por lo que la incidencia de la ejecución de la resolución sancionadora no puede considerarse relevante.

La incidencia que la ejecución de la sanción impuesta tiene sobre los alumnos a los que el recurrente imparte clase, sobre la evaluación de los mismos y sobre los grupos en los que él está integrado para realizar tareas de evaluación e investigación no puede tenerse en cuenta para decidir favorablemente el mantenimiento de la

medida cautelar. Esa incidencia afecta, y así se considera, a terceros resultando que los intereses de terceros solamente se tienen en cuenta, porque así lo establece el artículo 130,2 de la LJCA, para denegar la medida cautelar pero no para otorgarla dado que ello ha de hacerse sobre la existencia de un periculum in mora proyectado sobre el recurrente por así establecerlo el apartado 1º del artículo citado.

La evaluación denominada Docencia, que el recurrente manifiesta que corresponde hacerla el presente año para el periodo 2015/2020, no puede ser determinante para considerar que la ejecución del acto produce una situación irreversible no solo porque no consta que, de no hacer la evaluación en el año 2021, no se pueda ya realizar en otro momento sino también porque la Universidad ha señalado, y así se deduce de la normativa aplicable, que la solicitud de esa evaluación no solo es voluntaria sino que puede hacerse, una vez cumplido el periodo a evaluar, cada año.

Desde luego, la conducta seguida por la persona afectada por la conducta imputada al recurrente, el hecho de que el recurrente haya seguido impartiendo docencia con normalidad y sin ningún reproche y el hecho de que se haya archivado un procedimiento judicial puede ser relevante para cuestionar la legalidad de la resolución sancionadora dictada pero no para mantener la suspensión acordada máxime si se tiene en cuenta que lo dicho no evidencia la existencia de una apariencia de buen derecho en la que se pueda apoyar una decisión favorable al mantenimiento de la medida cautelar (sobre la valoración de la apariencia de buen derecho para decidir sobre una medida cautelar puede consultar, entre otras resoluciones, el Auto del Tribunal Supremo fechado el día 23 de febrero de 2021, Rec. 18/2021).

2º Desde el punto de vista de la Administración autora de la resolución sancionadora recurrida, Universidad de Burgos, hay que señalar que existe un interés público en que se ejecute de manera inmediata la sanción impuesta dado que: (1) según la jurisprudencia que cita, se evita que la comisión de faltas graves carezca de una respuesta rápida e inmediata que deje en evidencia el reproche de ilegalidad que merecen; y (2) porque la ejecución de la sanción no causa perjuicios al interés público dado que no va a afectar al funcionamiento normal de la Universidad y del servicio que presta en cuanto que, en ejercicio de su potestad de autoorganización, cuenta con medios e instrumentos, tanto humanos como materiales, para impartir la docencia sin que afecta a los estudiantes, que, así lo alega la Universidad, podrán seguir sus clases, realizar sus exámenes y demás trámites académicos.

3º Por último hay que señalar, atendiendo a los hechos que constituyen la conducta imputada al recurrente, que el interés público exige el cumplimiento inmediato de la sanción no solo porque con ello no se perjudica el servicio público

como lo ha alegado la Universidad de Burgos sino también porque de esa manera se hace efectivo el principio de ejecutividad de los actos administrativos de naturaleza sancionadora una vez que han agotado, como aquí ocurre, la vía administrativa consiguiendo una respuesta no dilatoria a una conducta ilegal. Respuesta que está amparada en una decisión de naturaleza administrativa, que goza de esa presunción de legalidad al margen de lo que resulte del control judicial a que la misma queda sometida, consiguiendo, de esta manera, un efecto ejemplarizante no solo para el infractor sino para terceros a la vez que refuerza la posición de la Administración como poder público capaz de no consentir conductas ilegales y, además, socialmente reprochables. Desde luego, los hechos considerados probados y la responsabilidad que sobre ellos se atribuye al recurrente, exige, y así lo entiende este Órgano Judicial, una respuesta inmediata de la Administración demandada que se consigue mediante la ejecución de la resolución sancionadora, que no es compatible con el mantenimiento de la medida cautelar adoptada.

El resultado obtenido en la ponderación realizada sobre los intereses en conflicto conduce, y así se acuerda por medio de este Auto, a levantar la medida cautelar de suspensión adoptada por el TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos, denegando, en consecuencia, la medida cautelar solicitada en su momento por la parte recurrente.

SEGUNDO. - Argumentos jurídicos del recurso de apelación.

Frente a dicha resolución se alza la parte recurrente, ahora apelante y postula la revocación del Auto, con la consiguiente adopción de la medida cautelar y ello en base a los siguientes argumentos jurídicos:

1º.- Respecto de los perjuicios económicos, que el Auto no repara en la existencia de otros perjuicios derivados de dejar de percibir el salario durante tres años, como son la dificultad de encontrar trabajo, que no tiene derecho a percibir la prestación por desempleo, siendo limitado el argumento del Auto apelada, que se refiere solo a la solvencia económica de la Universidad, sin tener en consideración el resto de las consecuencias que se producen por la pérdida del salario, como son las penurias que se derivan de dicha situación y que se describen en el escrito de apelación.

2º.- Sobre la existencia de perjuicios para terceros y la interpretación que se realiza del artículo 130.2 de la Ley de la

Jurisdicción, que la interpretación restrictiva de dicho precepto que realiza el Juzgador de Instancia no se comparte, dado que los intereses en conflicto afectan a terceros que se verán afectados.

Que no se tienen en cuenta los daños a los efectos de la jubilación, así como tampoco respecto de la pertenencia a la Agencia Andaluza del Conocimiento, se perdería la oportunidad de pertenecer al Comité de Valoración de Grados, así como tampoco se han tenido en cuenta los efectos respecto de la solicitud de evaluación del Docencia.

Rebatiendo respecto de dicha evaluación los argumentos del Auto apelado, dado que la misma se realiza cada 5 años, así como los efectos que produce dicha imposibilidad de evaluación de cara a la consolidación de sexenios y su posterior habilitación como catedrático.

3º.- Que con los argumentos del Auto apelado referidos a la necesidad de una respuesta rápida por la comisión de faltas graves, con ello lo que se produce es que se va a dar una publicidad a la ejecución de la sanción, con flagrante vulneración al derecho al honor establecido en el artículo 18 de la Constitución.

Y se invoca además el tiempo en que presumiblemente durara el recurso, así como el derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

4º.- Se invoca el artículo 90.3 de la Ley 40/2015, siendo dos los requisitos para que se acuerde la suspensión de la medida, la apariencia de buen derecho, cuestión que apenas es impugnada por la propia universidad, que se limita a citar una sentencia de la Sala de lo Contencioso de Burgos, referida a una sanción que conllevaba la pérdida de salario, antigüedad y otros derechos laborales, lo que no es equiparable a la sanción recurrida, de tres años de suspensión de empleo y sueldo.

Y que se ha de tener en cuenta que, en las diligencias penales seguidas con ocasión de estos hechos, se han archivado las mismas, mientras que se continua con el procedimiento disciplinario y que, con pruebas muy similares a las tenidas en cuenta en el procedimiento

penal se impone una sanción, impropia y desmedida, cuando no existía otra opción razonable que el archivo del procedimiento sancionador, todo lo cual no ha sido discutido de contrario.

Y el segundo requisito es el del *periculum in mora*, que, frente a los argumentos de la parte contraria, se insiste en que los perjuicios de imposible reparación son contundentes, estando probados, reiterando lo expuestos sobre los perjuicios del programa docencia y respecto de los grupos de investigación, por lo que se reitera la doctrina jurisprudencial sobre que el *periculum in mora*, que es el peligro que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo, en conjunción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004, por todo lo cual se termina solicitando, en base a la ponderación que exige dicha doctrina y ya que se puede comprobar que frente a unos perjuicios irreparables para el recurrente, se alza el hecho de que lleva más de cinco años desde que se incoó el expediente administrativa, en los que ha seguido con su actividad normal y ningún perjuicio ha generado a la Universidad de Burgos, que esgrime, como único argumento, la inmediatez de la ejecutividad de la sanción, suplicando, por todo ello que se deje sin efecto la resolución recurrida, confirmando la suspensión decretada en su momento por el Tribunal de Justicia de Castilla y León, en Auto de 5 de enero de 2021.

TERCERO. - Argumentos jurídicos del escrito de oposición a la apelación.

La parte apelada, la Universidad de Burgos, se ha opuesto al recurso de apelación presentado por el recurrente, tras invocar la doctrina sobre la naturaleza y finalidad de Recurso de Apelación, como resulta de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 febrero de 2015 y del de Cataluña de 25 de mayo de 2012, que respecto al primer motivo del recurso de apelación en lo relativo a la pérdida de salarios, que no se tiene en cuenta que lo que procede es

la suspensión durante el tiempo de duración del proceso judicial, no en cuanto al cumplimiento total de la sanción, que además no se aportan datos sobre la creación de una situación irreversible, siendo además errónea la valoración que se realiza sobre los datos de la declaración del IRPF, invocándose además lo expuesto por esta Sala en la sentencia dictada el 11 de enero de 2019 en el recurso de apelación 55/2018, así como en la sentencia del TJS de Madrid de 25 de junio de 2018 y del TS de 8 de marzo de 2018.

Respecto de los intereses de terceros y los perjuicios que se causen a los mismos, sigue sin explicitarse cuales son los supuestos perjuicios.

En cuanto a la afectación a la jubilación, que en el hipotético supuesto de que se produjese la anulación de la sanción, en vía judicial, la Universidad habría de abonar los salarios dejados de percibir, reponiendo al recurrente en su puesto de trabajo, con todos los derechos personales y económicos correspondientes, debiendo comunicar y retrotraer la situación de alta y regularizando las cotizaciones correspondientes, por lo que la cotización respecto de la jubilación no se vería afectada.

En lo relativo a la pertenencia a la Agencia Andaluza del Conocimiento, se señala que el nombramiento del recurrente, como miembro de la Comisión de Verificación y Modificación de Grado, Máster y Doctorado, se efectuó en fecha 3 de octubre de 2018 y por un periodo de tres años y que el recurrente ya no figura como miembro de la citada Comisión de Verificación y Modificación de Grado, Máster y Doctorado, por lo que se trataría de un hecho hipotético, futuro e incierto, por lo que no cabe tenerlo como daño irreparable, se rechazan también los daños alegados respecto de los grupos de investigación.

Sobre el programa de evaluación Docencia, que a la vista del objeto y contenido de dicho programa, la participación en el mismo es voluntaria y que la obtención de una evaluación "Deficiente" deriva del

hecho de que el profesor haya sido sancionado por faltas relacionadas con la docencia, no porque la sanción se encuentre o no en ejecución, por lo que ninguna relación guarda con la medida cautelar de suspensión solicitada, además de preverse que los profesores que hayan obtenido una evaluación "Deficiente" puedan volver a solicitar una nueva evaluación.

También se rechazan los supuestos efectos respecto de los sexenios docentes, así como que la resolución sancionadora recurrida no afecta a la posibilidad del recurrente de concurrir a procedimientos de acreditación a Catedrático de Universidad, tramitados conforme lo establecido en el Real Decreto 1312/2007.

Y en cuanto a lo expuesto en el apartado cuarto del recurso de apelación, se opone lo invocado por esta Sala en su sentencia de 27 de abril de 2018 sobre la doctrina del periculum in mora, así como se reitera el contenido de la sentencia antes citada de 11 de enero de 2019.

Y que la defensa del interés público en modo alguno implica que se vaya a dar publicidad al cumplimiento de la sanción, como se invoca en el recurso de apelación, ni la ejecución de la sanción vulnera, ni el derecho al honor, ni la presunción de inocencia invocadas de contrario, como ha señalado el Tribunal Supremo en Auto de 11 de abril de 2005.

Y en cuanto a la alegación quinta del recurso de apelación, que el artículo 90.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, regula la posibilidad de suspensión cautelar de la resolución sancionadora por parte de la Administración cuando el interesado manifieste su intención a la Administración de interponer recurso contencioso-administrativo, pero en este caso el recurrente no comunicó la intención de interponer recurso contencioso-administrativo, ni solicitó ante esta administración universitaria la suspensión de la ejecución de la sanción.

Y frente a lo invocado de contrario se opone que la Universidad si se opuesto a la alegación de apariencia de buen derecho, no sólo

mediante la transcripción de la Sentencia de esta Sala de 27 de abril de 2018, que recoge la doctrina jurisprudencial sobre el "fumus boni iuris", sino que se aclaró que en este caso no se trata de la aplicación de una disposición declarada nula, ni de un acuerdo similar a otro ya declarado ilegal o en el que sea ostensible, sin necesidad de profundizar en el asunto, que el acuerdo recurrido fuera contrario al ordenamiento jurídico, no dándose los requisitos para la aplicación de la apariencia de buen derecho, invocando al efecto la sentencia del TSJ de Galicia de 17 de junio de 2020 y los Autos del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019 y 10 de noviembre de 2020.

Y que respecto de la alegación del recurso de apelación en relación con la apariencia de buen derecho, relativa a que en el proceso penal previo se ha procedido al sobreseimiento provisional de la causa y que la Universidad de Burgos no recurrió el auto de sobreseimiento, que estas son cuestiones que corresponden al fondo del asunto, cuyo análisis está vetado en el ámbito de las medidas cautelares, como resulta de la doctrina jurisprudencial que se invoca al efecto y que establece que para la aplicación del criterio de la apariencia de buen derecho, que debe apreciarse de manera ostensible que se trate de la aplicación de una disposición que haya sido declarada nula, o se esté ante actos similares a otros que hayan sido declarados contrarios al ordenamiento jurídico o palmariamente ilegales, lo que no concurre en este caso.

Sobre el "periculum in mora", se opone que la impugnación basada en que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, ya que no puede confundirse con los perjuicios indemnizables, que la no adopción de la medida pudiera suponer para quien la insta, como resulta de la sentencia del TS de 25 de marzo de 2009.

Y que se ha de tener en cuenta que los hechos que dieron origen al expediente disciplinario se produjeron en el ámbito educativo, un sector de enorme transcendencia, lo que exige una especial

sensibilidad en la adopción de las medidas y una pronta y eficaz respuesta a las irregularidades que se produzcan, tratando de evitar que vuelvan a producirse hechos como el que fue objeto de sanción, lo que también ha de predicarse respecto de la inmediata efectividad en el cumplimiento de la sanción impuesta, para evitar la apariencia de que la comisión de la infracción no recibe una respuesta proporcionada que deje claro el reproche que su comisión provoca y que el cumplimiento de la resolución no va a afectar al normal funcionamiento del servicio, ya que en el ejercicio de la autoorganización la Universidad de Burgos cuenta con medios e instrumentos tanto humanos como materiales para impartir la docencia sin que afecte a los estudiantes, que podrán seguir sus clases, realizar sus exámenes, y demás trámites académicos, sin que sea admisible prejuzgar el rigor académico con el que el sustituto vaya a desarrollar su labor tanto docente como en la función evaluadora.

E igualmente se muestra disconforme con la interpretación y valoración que sobre las medidas cautelares se efectúa en el recurso de apelación, en relación con la doctrina jurisprudencial al respecto, poniendo de relieve que es la parte que solicita la suspensión la que ha soportar la carga de la prueba, acreditando la existencia del supuesto necesario para provocar la consecuencia jurídica de la suspensión, no bastando con alegar que la resolución que se impugna irroga daños y perjuicios, sino que han de probarse éstos o, al menos, justificar la racionalidad lógica de los mismos.

Sin que se hayan acreditado dichos perjuicios y tampoco se desprende del presente supuesto la existencia de una apariencia de buen derecho, por lo que se considera que procede desestimar el Recurso de Apelación y confirmar el Auto recurrido.

CUARTO. - Sobre la normativa y doctrina jurisprudencial relativa a la adopción de medidas cautelares.

Y planteados en dichos términos el presente recurso de apelación, se ha de significar que la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido, tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su día, se dicte, pueda ser llevada a puro y debido efecto, decimos esto por cuanto que no resulta con suficiente claridad de los términos del recurso de apelación, la necesaria distinción entre la suspensión cautelar de la sanción, durante la pendencia del recurso jurisdiccional, con respecto a la ejecución propiamente dicha de la sanción disciplinaria y los efectos que la misma puede producir en la esfera económica y profesional del recurrente, lo que no procede examinar en la presente pieza de medidas cautelares, al excederse del objeto de la misma.

También se hace necesario recordar la normativa y jurisprudencia aplicable, sobre la adopción de medidas cautelares que establecen los arts. 129.1 y 130 de la LRJCA lo siguiente: Dice el art. 129.1 que:

“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Y añade el art. 130:

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Por otro lado, tampoco podemos olvidar que la ejecutoriedad de los actos de las Administraciones Públicas recordada en el art. 38 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dispone al respecto lo siguiente:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”,

Y añade el art. 39.1 de dicha Ley que:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

Esta ejecutoriedad también nos viene recordada en el art. 98.1 de dicha Ley cuando señala que:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que...”

Y en interpretación y aplicación de dicha normativa nos recuerda la STS, Sala 3ª, sec. 7ª de fecha 28-5-2002, rec. 5433/1999. Ponente Don , los siguientes criterios aplicables en relación con la adopción de medidas cautelares:

“...ha de tomarse en consideración que, según una reiterada doctrina de esta Sala recogida por ejemplo en el Auto de 8 de octubre de 1999, en Sentencia de 1 de junio de 2001, y en Auto de 29 de enero de 2002, existen una serie de criterios generales que se han venido aplicando cuando de la medida de suspensión se trata, y a cuyo tenor la suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso es una medida cautelar que tiene por objeto bien conocido asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que en su día recaiga no pueda ser llevada a puro y debido efecto, y cuya adopción o no ha de apoyarse, de un lado, en la reiterada doctrina de esta Sala en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103,1 de la Constitución) y al de presunción de validez de los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre), de los que deriva la regla general de la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones administrativas, y, de otra parte, en la posibilidad de la suspensión de la ejecución, a tenor de los arts.129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, hasta el pronunciamiento judicial, cuando tal ejecución pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, lo que supone que la aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (art. 24,1 de la Constitución), que impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (art. 106,1 de la Constitución), se proyecte también sobre la ejecutividad de la actuación de la Administración.

CUARTO.- Resulta, pues, que, por un lado, ha de preservarse el principio de efectividad de la decisión judicial, porque la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que impone la consecución del derecho declarado, mientras que, de otra parte, ha de respetarse también el principio de eficacia administrativa (art. 138, 3 de la Ley 30/92), lo que exige coordinar y armonizar dichos dos principios -tarea no siempre fácil- que amparan el interés de impedir el daño a los intereses públicos, que pudiera derivarse de la suspensión de la ejecución, y el de evitar que, al ejecutarse el acto impugnado, se causen perjuicios irreversibles, lo que significa que la tensión que puede existir entre dichos intereses enfrentados, haya de solucionarse a base de ponderar, casuísticamente, su preeminencia o prevalencia, en vista de la dificultad de fijar reglas generales.

QUINTO.- Criterio a tomar en consideración es también el establecido en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que impone examinar el "grado" de dicho interés público, e incluso el de los intereses de terceros, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución, lo que, en definitiva, exige la valoración de todos los intereses en conflicto (art. 130 de la Ley 29/98, de 13 de julio).

SEXTO.- La apariencia de buen derecho, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión en algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características apuntadas, debidamente acreditada por quien solicita la suspensión, aunque no quepa exigir una prueba rigurosa al respecto, requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del art. 24 de la Constitución que reconoce el derecho al proceso con las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio, argumento extensible al supuesto en que se invoque la nulidad de pleno derecho del acto o disposición, que, además, ha de ser ostensible, manifiesta y evidente."

Por otra parte, la adopción de la medida cautelar es eminentemente casuística.

Dice el Tribunal Supremo en auto de fecha 14 de febrero de 2020 (rec. 17/2020): "... Para decidir la procedencia o no de la medida cautelar solicitada por la parte recurrente, esta Sala debe comenzar recordando, una vez más, que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA-, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y que esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora". Así mismo ha de subrayarse que la

apreciación o no de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial de antes citado artículo 130, ha de efectuarse mediante una adecuada y casuística ponderación de los intereses en conflicto. Y que lo decisivo será el resultado que en esa ponderación se obtenga, con el carácter indiciario y provisional que corresponde a esta fase cautelar, sobre cuál de tales intereses se revela como más prioritario por ser su sacrificio el que presente mayor gravedad o trascendencia.

...”.

El Tribunal Supremo, en Auto de fecha 15 de enero de 2020, dictado en el recurso 396/2019, ha señalado recientemente sobre la regulación legal de las medidas cautelares y la doctrina general de dicha Sala que:

“En la Sentencia de 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de casación 926/2006 recordábamos nuestra constante doctrina acerca de que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, art. 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAPAC.

Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

El mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que consideramos oportuno destacar algunos de los aspectos más relevantes en orden a responder a los alegatos aquí suscitados, así como a la oposición que formula el Abogado del Estado.

Resulta oportuno anticipar que, aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada, aunque posteriormente se plasmara en la LEC 1/2000, cuyo artículo 728, reza “peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución”.

El máximo interprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), ya que “la tutela judicial no es tal

sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar que "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (Autos de este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" (sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede haber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005)."

QUINTO. - Aplicación al caso de autos.

Aplicando dichas premisas legales y jurisprudenciales al caso de los autos, teniendo en cuenta que el Auto impugnado ha procedido a levantar la medida que con carácter urgente había adoptado esta Sala en su Auto de 5 de enero de 2021, dado que inicialmente se interpuso ante la misma el recurso jurisdiccional, en el que finalmente se dictó

Auto de 12 de febrero de 2021 declarando la falta de competencia de la Sala para conocer del referido recurso, siendo así que, en dicho Auto se había adoptado la medida cautelarísima en base al argumento recogido en su Fundamento de Derecho Cuarto y referido a que, por razones temporales de reanudación de la actividad universitaria, una vez transcurrido el periodo de vacaciones de Navidad, la Sala consideraba que esa era una circunstancia de especial urgencia que, por revestir una singular premura, resultaba incompatible con la demora propia de la decisión sobre la competencia para conocer del recurso y la sustanciación de la pieza de medidas cautelares, dado el acto administrativo de cuya ejecución se solicitaba la suspensión, podía dar lugar a una situación irreversible en alguno de los ámbitos de la actividad universitaria en los que participaba el recurrente, por lo que se accedía a la medida cautelar urgente interesada.

Pero, como resulta de los términos del referido Auto, en el mismo no se realizaba una valoración de las circunstancias invocadas por el recurrente para solicitar la medida cautelar, que es lo que se ha realizado, precisamente, en el Auto ahora apelado.

Debemos significar por otro lado, que la Resolución sancionadora adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos de fecha 4 de diciembre del 2020 impone al recurrente, de la Universidad de Burgos adscrito al _____, como autor responsable de una falta muy grave de acuerdo con el art. 95.2

b) Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece como tal: *Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.*

El "periculum in mora", es decir el hecho de que la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima opera, tal y como se deduce de la jurisprudencia referida, como criterio determinante de la suspensión cautelar, aunque no debe prescindirse del examen de la incidencia concurrente de los intereses generales y de los terceros, como posible obstáculo a la adopción de la medida cautelar, se ha de significar que los intereses de terceros pueden determinar la improcedencia de la medida cautelar, no su adopción como postula el recurrente.

Igualmente hacer perder al recurso su finalidad legítima supone que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia que en su día se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos.

También se ha de recordar como esta Sala puso de relieve en su sentencia de 26 de abril de 2018, dictada en el Rollo de Apelación 19/2018, refiriéndose a lo que se recoge en las sentencias del TSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Valladolid sec. 1ª, de 4 de febrero y 24 de mayo de 2011, dictadas respectivamente en los recursos 601/2010 y 21/2011 en las cuales se recordaba la sentencia dictada por la misma Sala en el recurso de apelación 100/2010 de fecha 27 de julio de 2010, que razonaba con respecto a la problemática planteada con relación a la suspensión de las sanciones disciplinarias, que:

“En el ámbito específico de las sanciones disciplinarias a funcionarios públicos por comisión de falta muy grave que lleva aparejada la suspensión de funciones o que conlleva la pérdida del puesto de trabajo ocupado, la Sala 3ª del Tribunal Supremo no es proclive a la suspensión cautelar y así lo demuestra el examen de la sentencia de 23 de febrero de 2004 anteriormente citada y el auto de 11 de abril de 2005 de la misma Sala y Sección en cuyo fundamento jurídico 2º consta: "El tiempo de espera hasta que se pronuncie la sentencia de fondo no le hace perder a este recurso contencioso-administrativo su legítima finalidad (art. 130.1 de la L.J.). Cuando tal resolución se dicte, si es estimatoria, podrá el recurrente obtener la plena reposición de sus derechos morales, profesionales y patrimoniales, pues ningún obstáculo legal o económico lo impedirá. No estamos en presencia de un supuesto

en el que el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva requiera la suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso".

Por otro lado, este Tribunal (Sección 1ª) también lo dejó sentado en su sentencia de 14 de noviembre de 2003 (Apelación 340/2003) y así se dice en el fundamento de derecho 2º: "Si las sanciones consisten en suspensión de empleo y sueldo, que no pérdida definitiva de lo uno y de lo otro, su ejecución inicialmente no origina un daños irreparable o de muy difícil reparación que dé a su vez lugar a una situación jurídicamente irreversible, pues cumplidas aquellas la Auxiliar Sanitario se reincorporará a su puesto de trabajo y percibirá sus retribuciones; por otro lado y para el supuesto meramente hipotético de una sentencia estimatoria y habida cuenta de la solvencia económica a presumir de la administración, se le abonarían los sueldos dejados de percibir e indemnizarían económicamente -única forma posible- los daños morales por cierto no concretados por la apelante. Además, procedería reponerla en su puesto de trabajo con todos los derechos personales y económicos correspondientes y a ello quedaría obligada la Administración".

(...)

De otra parte, el interés público propio de la inmediata efectividad de la sanción impuesta consiste en eliminar o evitar una apariencia de que la comisión de la infracción muy grave no recibe respuesta con prontitud e inmediatez precisa para dejar claro el reproche que su ilegalidad provoca y en la necesidad de evitar que la conducta pueda ser reiterada (Auto del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 anteriormente mencionado: fundamento de derecho 4º), esto es, cumplir un fin preventivo general y particular; desde otra perspectiva, consiste en salvaguardar en todo momento y frente al conjunto de los ciudadanos el prestigio y la dignidad de la Administración autonómica en cuyo seno desempeñaba sus cometidos el funcionario sancionado , la cual no tiene otro remedio que actuar dando cumplimiento a los principios sancionados en el artículo 3.1 de la Ley estatal de Régimen y Procedimiento 30/1992 : en síntesis, el interés público queda plasmado en el prestigio y la dignidad de la Comunidad Autónoma y en la solvencia profesional que los ciudadanos demandan a los funcionarios públicos que sirven a esa Administración (probidad), debiendo ser permanente e inalterable."

La aplicación de todo lo expuesto al caso que no ocupa nos hace concluir y compartir las conclusiones del Auto apelado referidas a la ausencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para que proceda la adopción de la medida cautelar solicitada, y ello, porque, no cabe aceptar la concurrencia del "periculum in mora", es decir, el hecho de que la ejecución del acto pueda hacer perder al

recurso su finalidad legítima determinante de una situación irreversible, por cuanto, el hecho de que la ejecución del acto determine unas consecuencias económicas y de prestigio para el apelante, no sería atendible, en atención a la jurisprudencia expuesta para determinar la procedencia de la medida cautelar interesada, puesto que para el caso de que se dictara una sentencia estimatoria, el apelante recibiría los sueldos dejados de percibir y se restablecería la misma situación anterior al acto sancionador y, en su caso, podría ser indemnizado por los daños morales sufridos.

Por todo ello todas las alegaciones referidas a la pérdida de los salarios y la imposibilidad de obtener el derecho a la prestación por desempleo, son una consecuencias económicas susceptibles de reparación, en caso de estimación del recurso, además de que no estamos ante el supuesto de valorar la suspensión de funciones durante los tres años que es la sanción impuesta, sino los efectos de dicha sanción derivan durante el tiempo de pendencia del procedimiento jurisdiccional y si en su caso la sentencia de ser estimatoria resultaría susceptible de ejecución en sus propios términos, lo que resulta perfectamente factible con el abono de los salarios dejados de percibir e incluso con los intereses correspondientes, sin que la existencia de una situación de penuria económica que se invoca se encuentre debidamente justificada, toda vez que el recurrente no ha acreditado convenientemente las circunstancias que conforme establece el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, permitirían apreciar dicha situación, pues no ha aportado ningún medio probatorio que acredite o justifique que la situación del recurrente sea tal que no pueda subvenirse a sus necesidades económicas hasta que recaiga sentencia en primera instancia, o que cuente con personas a su cargo que exijan dicha suspensión o de otras que puedan proveer a sus necesidades, ya que en el recurso de apelación se limita a indicar los bienes inmuebles de los que dispone el recurrente y los gastos que

acarrear y las desgravaciones realizadas pero estas explicaciones no colman las exigencias sobre la necesidad de acreditar las concretas circunstancias personales, familiares y económicas que pudieran ser incardinadas en el tenor del artículo 130.1 de la LJCA , esto es, la pérdida de la finalidad legítima del recurso, mucho más cuando en el caso de suspensión de funciones, es obligado el resarcimiento económico en caso de su eventual anulación.

Por lo que si bien no se exigen mayores esfuerzos para considerar que la ejecución de una sanción que implica pérdida de retribuciones incide en los intereses económicos y personales del recurrente, también es cierto que dichos intereses resultan salvaguardados si tras el examen de la cuestión de fondo, se dicta una sentencia estimatoria del recurso, ya que en otro caso bastaría con invocar siempre la existencia de perjuicios económicos para proceder automáticamente a la adopción de la medida cautelar, lo que no se encuentra previsto, ni el texto, ni el espíritu de la norma.

Y lo mismo cabe considerar respecto de los perjuicios en cuanto a la futura jubilación, dado que en caso de dicha sentencia estimatoria, la Universidad vendría obligada a reponer al recurrente en todos sus derechos económicos y profesionales, así como regularización de cotizaciones y reconocimiento de antigüedad y todo lo demás a lo que hubiera lugar.

Respecto de la pertenencia a la Agencia Andaluza de Conocimiento, además de que la ejecución de la sanción, solo implicaría la suspensión temporal de la pertenencia a la misma, sin que se aprecie, ni acredite que dicha imposibilidad resulta irreversible, tampoco se han rebatido convenientemente las alegaciones de la Universidad respecto de que su participación en la misma tenía carácter temporal estando pronta a finalizar, así como el hecho de que el recurrente tampoco figurase como miembro, pese a lo invocado al respecto en la Comisión de Verificación y Modificación de Grado, Master y Doctorado, amén de que su posible incorporación en caso de

sentencia estimatoria y si la suspensión hubiera dado lugar a pérdida de retribuciones por dicha participación, a su conveniente compensación.

En cuanto a los daños referidos a la investigación y los posibles daños a terceros, como pone de relieve la Universidad, la ejecución del acto administrativo no es determinante de perjuicios para terceros o el interés público, ya que la misma cuanta con medios e instrumentos, tanto humanos como materiales, para impartir la docencia y continuar con los grupos de investigación, sin que afecte a la evaluación y al curso de la actividad académica, ya que ni siquiera constan debidamente justificados que grupos de investigación se hayan podido ver afectados o perjudicados por dicha suspensión de funciones, o que no hayan podido continuar desarrollando sus funciones con otros miembros.

Y lo mismo cabe concluir respecto de la evaluación denominada Docencia, a lo que el recurrente dedica los motivos impugnatorios esgrimidos en el apartado tercero del recurso de apelación, sin tener en consideración que dicho programa, como resulta de lo alegado por la Universidad de Burgos y así aparece de la consulta de la regulación de dicho proceso, tiene carácter voluntario, así como que la obtención de un resultado deficiente no impide volver a solicitar la evaluación, que no resulta apreciable que la misma tenga efectos económicos y profesionales inmediatos y además permitir dicha participación con carácter cautelar, pese a la existencia de una resolución sancionadora firme en vía administrativa, si que contravendría la propia finalidad de dicha evaluación, sin que aparezca debidamente justificada la vinculación entre dicho programa y la habilitación para catedrático o la consolidación de sexenios, ya que como indica la Universidad demandada, respecto de estos no se encuentran aprobados y con relación al acceso al cuerpo de Catedráticos, el mismo resulta factible, pese a la no adopción de la medida cautelar, conforme resulta del artículo 13 del Real Decreto 1312/2007.

Por lo que se ha de concluir que, en contra de lo que se invoca por el recurrente, serían los intereses públicos los que resultarían comprometidos de accederse a la suspensión solicitada, por cuanto los hechos sancionados son constitutivos de una falta muy grave y de suspenderse la sanción se transmitiría la apariencia de que su comisión no recibe la respuesta proporcionada con la prontitud e inmediatez que precisa, para dejar claro el reproche que su ilegalidad provoca y la necesidad de evitar que el funcionario incurra en la reiteración de conductas análogas, frente a ello no se puede oponer que los hechos de los que dimana el expediente disciplinario se remontan al 2015, por cuanto ello precisamente conduce a considerar la improcedencia de la medida cautelar dado el tiempo transcurrido.

Considerando concurrente un interés público de gran relevancia, constituido por la función de ejemplaridad perseguida por la sanción impuesta, que reclama el inmediato cumplimiento de esta para que realicen debidamente sus fines, sin que ello implique que se haya de dar publicidad al contenido del expediente disciplinario, sino a la necesidad de que determinadas conductas conlleven una pronta respuesta sancionadora, teniendo el interés público en este caso un fin preventivo general y particular propio del ejercicio de la potestad sancionadora, que en estos casos esta atribuida a la Universidad de Burgos.

Y no cabe apreciar tampoco la existencia de la apariencia de buen derecho por que en el ámbito penal se hayan archivados las diligencias penales, dado que en este caso no se está sancionando al recurrente por la comisión de una infracción penal, sino por unos hechos que integran la infracción del artículo 95.2 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, por lo que el pronunciamiento penal, no puede integrar el supuesto del *fumus bonis iuris* como determinante de la adopción de la medida cautelar, existen comportamientos integrantes dentro del tipo sancionador aplicado, que pueden no tener trascendencia penal y sin embargo si pueden constituir la sanción

disciplinaria imputada, en todo caso, este análisis corresponde al examen del fondo del asunto, lo que no puede ser objeto de examen en el ámbito de la justicia cautelar, siendo necesario, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para apreciar la apariencia de buen derecho como determinante de la adopción de la medida cautelar, que la infracción denunciada sea clara y no admita discusión lo que no acontece en el presente caso, que se haya declarado previamente la nulidad de la resolución o resoluciones similares, lo que no concurre en el presente caso, por lo que no cabe apreciar concurrente la apariencia de buen derecho que se invoca por el recurrente en el apartado quinto de su recurso de apelación, cuando además se refiere al artículo 90.3 de la Ley 39/2015 que no resulta de aplicación, ya que en este caso estamos ante medidas cautelares en el seno de un recurso jurisdiccional, no ante las especialidades en la resolución de los procedimientos sancionadores en vía administrativa.

Y finalmente, respecto de la alegación relativa a la vulneración del derecho al honor y a la presunción de inocencia, se han de rechazar dichos argumentos como determinantes de la necesidad de adopción de la medida cautelar, dado lo indicado ya por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 mayo de 2008, así como en la sentencia de 3 de mayo de 2012, en las que se ha venido a considerar, en relación con el derecho al honor, que no cabe sostener que la adopción de una medida ,como es la suspensión provisional de funciones, acordada dentro de los supuestos legalmente previstos y de forma expresamente razonada, sea susceptible de constituir una intromisión ilegítima en el referido derecho fundamental.

Por lo que en atención a todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación, dado que ninguno de los argumentos del recurso de apelación reviste una intensidad suficiente para considerar que el Auto del Juzgado, ahora apelado, deba ser revocado.

ÚLTIMO. - Sobre las costas procesales.

Dada la desestimación del presente recurso de apelación procede imponer las costas procesales del mismo a la parte apelante en virtud de lo establecido en el art. 139 de la Ley 29/98.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

FALLO

Que se desestima el recurso de apelación registrado con el número **23/2021** interpuesto por la representación procesal de contra el Auto de 26 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos en la Pieza Separada de Medidas Cautelarísimas del Procedimiento Abreviado 63/2021.

Y en virtud de dicha desestimación se confirma el citado Auto, por ser el mismo conforme a Derecho y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

La presente sentencia, de conformidad con la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art.

86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme, devuélvase la presente pieza separada de suspensión al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados.



**T.S.J.CASTILLA Y LEON CON/AD SEC.2
BURGOS**

SENTENCIA: 00099/2021

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SECCION 2ª

Presidente/a Ilma.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 99/2021

Rollo de APELACIÓN N°: 16/2021

Fecha : 18/05/2021

P.O. 71/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Burgos.

Ponente

Letrado de la Administración de Justicia: Sr.

Ilmos. Sres.:

En la ciudad de Burgos a dieciocho de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos los autos correspondientes al RECURSO DE APELACIÓN
sustanciado ante esta Sala bajo el nº 16/2021, a instancia de

, representado por letrado, siendo apelada la UNIVERSIDAD DE BURGOS, representada por el Procurador Sr. y defendida por letrado; contra la sentencia nº 11/2021, de fecha 18 de enero de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos dictó, en el procedimiento ordinario nº 71/2019, sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores **ACUERDO DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la parte demandante contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia que ratifico en su integridad. Sin especial pronunciamiento en costas.

SEGUNDO. Contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de

TERCERO. Admitido a trámite dicho recurso de apelación y formulado escrito de oposición al mismo por la representación de la parte recurrida, fueron elevados los autos a esta Sala.

CUARTO. Se señaló para la votación y fallo del recurso el día 13 de mayo de 2021, en que se reunió, al efecto, la Sala.

QUINTO. Se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Sentencia apelada, pretensión deducida y alegaciones de las partes.

El presente recurso de apelación se interpone contra la sentencia nº 11/2021, de fecha 18 de enero de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos, recaída en el recurso contencioso-administrativo autos de P.O. nº 71/2019, por la que se acuerda desestimar el interpuesto contra la resolución adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, en fecha 24 de julio de 2019, que desestima el recurso de alzada interpuesto por D. _____ contra el acuerdo de fecha 19 de junio de 2019, del Tribunal de revisión de la asignatura “Matemáticas en el aula de primaria”, por el que mantiene la calificación otorgada por el profesor.

La representación de D., parte apelante, pretende que se estime el recurso de apelación, se revoque la sentencia apelada y se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con imposición de costas procesales causadas y todo lo demás que proceda.

La parte apelante solicita la revocación de la resolución recurrida en base a los siguientes motivos: I) no existe motivación, explicación y justificación necesaria en el criterio y juicio técnico seguido por el profesor que ha calificado el ejercicio objeto de impugnación, pues, contrariamente a lo que sostiene la juzgadora a quo, lo resuelto por el Tribunal de Revisión (el ejercicio está correctamente formulado, no hay posibilidad a múltiples interpretaciones, la resolución es única y la respuesta dada por el alumno es incorrecta) incurre en arbitrariedad y falta de motivación, pues carece de la exhaustividad que permita considerar razonado el juicio valorativo emitido.

II) La sentencia apelada, en contra de la lógica y de la prueba pericial practicada, y en contra del error manifiesto puesto de relieve en el procedimiento, acoge el hecho de que sólo hay una interpretación en base al manual de la asignatura y excluye cualquier tipo de inseguridad y de discrecionalidad basada en la arbitrariedad, cuando se ha acreditado, sin ningún género de dudas y así lo reconoce la sentencia apelada (cuando dice que la perito no ha dudado en afirmar que hubo error manifiesto), que el planteamiento del problema es manifiestamente erróneo, por lo que es evidente que su no revisión y su no motivación, ante la reclamación

efectuada, produce indefensión, inseguridad, arbitrariedad y falta de discrecionalidad técnica no permitida. III) Error evidente y manifiesto en la apreciación de las pruebas, que determina una valoración arbitraria, irracional y contraria a las reglas de valoración contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente de la pericial judicial técnica, que concluye que la solución técnica dada por el alumno es evidentemente correcta y no existe motivación técnica alguna que avale y sustente lo contrario, pues el enunciado del problema presenta datos que pueden dar lugar a diferentes soluciones, todas ellas correctas.

La Universidad de Burgos, a través de su representación en juicio, se ha opuesto al recurso de apelación y ha interesado la confirmación de la sentencia apelada, en base a los siguientes motivos: I) inadmisibilidad del recurso de apelación, en base al artículo 81.1.a) de la LJCA, al no superar la cuantía del recurso la suma de 30.000 euros. II) El planteamiento del recurso de apelación desconoce la naturaleza y finalidad del mismo, pues se limita a reproducir todos los argumentos expresados en el escrito de demanda y en el de conclusiones, al entender que han sido desestimados incorrectamente, pero no esgrime concretos motivos en que se apoya la apelación. III) El objeto del recurso es la valoración del ejercicio 4º del examen final de la asignatura “matemáticas en el aula de primaria”, y dicho examen no puede tomarse como un acto aislado, sino que se produce en el contexto de la enseñanza universitaria, no pudiendo el alumno alegar desconocimiento de los criterios o el juicio técnico empleado por el profesor a la hora de corregir el examen, pues han sido expuestos a lo largo del curso académico. IV) No cabe exigir una exhaustividad respecto del juicio valorativo emitido, pues la jurisprudencia no exige una motivación exhaustiva, siendo suficiente la expresión de las razones que justifican la decisión adoptada. V) El expediente administrativo constituye prueba válida de que la revisión ante el profesor se ha producido y que éste valoró la resolución del ejercicio efectuado por el alumno explicando las razones por las que la realización del ejercicio no era válida, habiéndolo reconocido el alumno en el escrito de solicitud de Tribunal de Revisión. VI) No es

admisibles la alegación de que ha quedado acreditado que el planteamiento del problema es manifiestamente erróneo y que así lo ha admitido la sentencia apelada, pues ésta se limita a señalar que es la perito quien realiza tal afirmación, pero acto seguido la sentencia manifiesta que el resultado de la pericial no ha sido útil y explica el por qué. VII) El procedimiento seguido tiene una tramitación específica prevista en la L.O. 6/2010, de Universidades y en el RD 1791/2010, así como en la Guía Docente 2018-2019 de la asignatura; no se circunscribe a un proceso selectivo o de concurrencia competitiva, por lo que se han cumplido los requisitos de motivación exigidos. VIII) No se ha acreditado un trato desigual al apelante, ni se ha aportado término de comparación que permita acreditarlo, reconociendo el mismo apelante que optó por resolver el ejercicio de forma diferente al resto de alumnos. IX) El apelante pretende sustituir el criterio técnico del profesor y del Tribunal de Revisión por el suyo propio, lo que está vedado a las posibilidades de control de la llamada discrecionalidad técnica. X) El apelante no alega cual es el error en la valoración de la prueba que ha cometido el juzgador de instancia. XI) El informe pericial en ningún caso determina, como equivocadamente señala el recurrente, que se ha cometido un error evidente y manifiesto o un error palpable y manifiesto con el actor, ya que únicamente admite la existencia de varias soluciones e indica, de manera explícita, que la dada por el profesor es válida, además de que la prueba pericial ha desviado el objeto de la pericia. XII) No ha quedado acreditada una valoración arbitraria o ilógica de la prueba practicada; cuestión distinta es la conformidad o no del recurrente con la convicción alcanzada a partir de la valoración de los elementos probatorios.

La representación de D., parte apelante, ha alegado que el recurso de apelación es admisible, porque el recurso contencioso-administrativo es de cuantía indeterminada, sin que la apelada haya valorado la pretensión.

SEGUNDO. Antecedentes de la resolución administrativa recurrida y motivación de la sentencia apelada.

Es necesario enumerar, con carácter previo al análisis de los motivos de impugnación de la sentencia apelada planteados por el recurrente, los siguientes antecedentes para una mejor comprensión de las cuestiones debatidas:

1º El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto frente a una resolución, adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, que desestima el recurso de alzada interpuesto por D. contra el acuerdo del Tribunal de revisión de la asignatura “Matemáticas en el aula de primaria”, por el que mantiene la calificación otorgada por el profesor.

2º En la resolución administrativa impugnada se señala que se ha seguido el procedimiento establecido por el artículo 22 del Reglamento de Evaluación de la Universidad de Burgos, para las reclamaciones, por lo no es posible atender la petición efectuada por el recurrente, relativa a la realización de una nueva revisión del examen, ni desde el punto de vista procedimental, dado que el procedimiento legalmente previsto ya se ha evacuado de forma totalmente correcta, ni desde el punto de vista de la intervención de este órgano rector, porque nos encontramos ante un ejercicio de discrecionalidad técnica, llevado a cabo por parte de expertos en la materia objeto de examen.

3º La sentencia apelada, como se ha dicho, desestima el recurso contencioso-administrativo, en base a los siguientes motivos: 1) no es posible entender vulnerada la exigencia de motivación en general ni en el juicio de discrecionalidad técnica, pues, por un lado, es evidente que el recurrente ha tenido acceso en todo momento a las razones que llevaron a la resolución impugnada, tanto la originaria como la dictada en alzada; se cumplió el procedimiento legalmente establecido y el recurrente ante la petición de revisión de examen en el ejercicio 4º por entender que cabían varias interpretaciones, lo verificó a presencia del profesor recibiendo

explicaciones orales y posteriormente se verificó también ante el Tribunal constituido al efecto, que resolvió según consta en el acto originario, ratificando la puntuación otorgada por el profesor, dando cuenta de la razón empleada para ello: el ejercicio está correctamente formulado, no hay posibilidad a múltiples interpretaciones, la solución es única y la respuesta dada por el alumno es incorrecta, con lo que consta cumplido el procedimiento aplicable a la petición del recurrente, que se desarrolla en el Reglamento de evaluación de la UBU atendido el tipo de examen realizado; arts. 20 y 22 del Reglamento de evaluación de la UBU. En este sentido no hubo vulneración procedimental ninguna, excluyendo así la invocada arbitrariedad. II) Respecto de las explicaciones orales del profesor, no hay motivo para dudar que las mismas concurren al caso, primero, porque el propio recurrente ha optado por omitir deliberada e injustificadamente este trámite en el relato de hechos de la demanda, insistiendo en que no pudo revisar el examen, lo que es plenamente contradictorio con lo que verificado en expediente administrativo y puesto de relieve en la contestación a la demanda, de la que resulta que sí tuvo lugar esa revisión y se confirma con lo acontecido en vía administrativa. Segundo, sobre las concretas explicaciones, no alberga la Juzgadora duda alguna de que tuvieron lugar porque no se ha dicho lo contrario en ningún momento durante la vía administrativa, y así si se atiende al escrito del recurrente unido al folio 12 del EA, recurso de alzada, se hace constar expresamente que tuvo lugar esa revisión pero el profesor no aceptó su propuesta, lo que supone que escuchó su planteamiento y la denegó por las razones que luego se han ido revelando, no cabían varias interpretaciones a la literalidad del problema, y la solución era única, resultando que al caso su forma de resolver ni era correcta a tenor de la pregunta realizada ni respondía con un planteamiento lógico de resolución del problema, lo que forma parte de la valoración del mismo, en este caso omitido también por el recurrente (no así en el resto de ejercicios del examen como fácilmente se verifica). Todo ello permite concluir que esas explicaciones se dieron y, en todo caso, se explicitaron por el Tribunal al dictar el acto originario. Tanto es así, que el resto de las

alegaciones e impugnaciones del recurrente han ido dirigidas a desvirtuar esa motivación o ese razonamiento, es decir, no iban dirigidas a instar una explicación razonada de la nota atribuida ni siquiera del modo de valoración o de la forma de interpretar el ejercicio sino que todo su esfuerzo combativo se ha centrado en acreditar que sí concurrían al caso varias posibilidades de interpretación y, por tanto, varias soluciones. III) En todo momento ha tratado de revocar la decisión de la Administración atendidas razones de fondo, referidas a la concurrencia de una sola interpretación, y este ha sido el objeto de la pericial judicial practicada. Sobre este particular, procede valorar el informe pericial sin que sus conclusiones puedan ser entendidas como defiende la parte actora; es cierto que examinado el enunciado la perito no ha dudado en afirmar que hubo error manifiesto al tiempo de redactar el problema por cuanto sí admitía varias interpretaciones y de hecho la del profesor también sería válida al igual que la dio el alumno. Sin embargo, en esta afirmación hay que tener en cuenta las matizaciones que hace la Administración demandada y que ha pasado por alto el recurrente; la primera y más relevante es que esa conclusión pericial se basa en el análisis del examen impugnado a posteriori de lo acontecido en vía administrativa y por tanto como admite la perito valora elementos o anotaciones que hizo constar el recurrente a posteriori del momento de su realización, a partir de lo cual ha afirmado que cabían varias interpretaciones si bien de este modo vulnera el estado de los hechos que debe regir la valoración del examen, que es únicamente la que existió al tiempo de su realización. No después. En este sentido la prueba no ha resultado útil, como, en segundo lugar, tampoco lo ha sido si se tiene en cuenta que la perito no ha valorado el contexto en el que se hallaba la impugnación del ejercicio, y no ha dudado en afirmar que la redacción del problema era comprensible para un alumno de primaria y que el ejercicio era adecuado a matemáticas de primaria (incluso se ha referido a que sin ser experta en esta materia recordaba las matemáticas de primaria cuando ayudaba a sus hijos con los deberes) insistiendo en que como admitía varias interpretaciones debió darse la mayor puntuación al actor por ser

solución válida. Sin embargo, el caso que aquí ocupa no es el de un alumno de primaria que se examina de matemáticas y demuestra sus conocimientos adquiridos, no, el examen se enmarca en el curso 3º de Grado de Maestro en Educación Primaria, y la asignatura objeto de examen la de Matemáticas en el aula de primaria de forma que el alumno aquí, recurrente, no solo tiene que acreditar que sabe alcanzar la solución al problema sino si ha adquirido habilidades suficientes para enseñar matemáticas. Así resulta del art. 4 del Reglamento de Evaluación. Acerca de estas habilidades nada hizo constar en el ejercicio por lo que nunca la calificación hubiere podido ser la máxima, conclusión que por tanto debe rechazarse, a lo que cabe añadir -en último lugar- que sin poner en duda la cualificación profesional de esta perito, Doctora en economía y profesora en matemática financiera y calculo actuaría, concurre en autos frente a su criterio el de hasta 4 técnicos expertos en la materia - didáctica específica de la UBU- aquí examinada (el profesor y los tres miembros del Tribunal) y un quinto el del autor del libro del que resulta el problema, Catedrático de Didáctica de la matemática, que han coincidido en afirmar que ese problema no admitía varias interpretaciones desde esa perspectiva didáctica, siendo única la solución, en los términos que habían sido instruidos los alumnos durante sus clases, y si el problema o error radica en la redacción del libro empleado para la formación -como también apunta la perito judicial en la vista- lo que habrá que impugnar será esa fuente de información, pero no denunciar falta de motivación que, como se evidencia, no se verifica en este caso. Al alumno se le indicó el material y fuente de información sobre el que se realizó el juicio técnico, los alumnos conocían los criterios de evaluación cualitativa tanto por referencia a la Guía docente como por referencia al examen mismo que los encabezaba y se dieron las explicaciones precisas para justificar la puntuación del recurrente frente al resto de alumnos (lo que al caso tampoco podría ser esencial al no hallarse en un proceso de selección o concurrencia competitiva como los que refiere la jurisprudencia que cita la demanda).

4º En el suplico del escrito de demanda, el recurrente solicitó: A).-Que se anulen y dejen sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas de fechas 19-6-2019 y la que resuelve el recurso de alzada de 24-07-2019, por no ser conformes a derecho, al no haber seguido el procedimiento legalmente establecido, por infracción del art. 22.5 del Reglamento de evaluación de la UBU al no constar realizado el informe escrito del profesor de la asignatura sobre los criterios de calificación, y por falta de motivación en la discrecionalidad técnica. B).- Alternativa y/o subsidiariamente, que se anulen y dejen sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas de fechas 19-6-2019 y la que resuelve el recurso de alzada de 24-07-2019, por no ser conformes a derecho, y por falta de discrecionalidad técnica, declarando el derecho del actor a la revisión y rectificación de la calificación del ejercicio 4 del examen final de fecha 28-05-2019 de la asignatura “Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria, puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima de 2,5 puntos, o con la puntuación que se determine por el perito judicial en la fase de prueba oportuna, condenando a la UBU a efectuar las correcciones oportunas en sus ficheros y archivos administrativos en cuanto a la puntuación asignada en la asignatura y en la definitiva calificación obtenida. C).- Se impongan las costas del recurso a la demandada UNIVERSIDAD DE BURGOS.

En el recurso de apelación se solicita que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, se anulen y dejen sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas de fechas 19-6-2019 y la que resuelve el recurso de alzada de 24-07-2019, declarando el derecho del actor a la revisión y rectificación de la calificación del ejercicio 4 del examen final de fecha 28-05-2019 de la asignatura “Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria, puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima de 2,5 puntos.

TERCERO. Admisibilidad del recurso de apelación.

La parte apelada alega, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso de apelación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Ley 29/1998, de la JCA, letra a), por no exceder la cuantía del recurso de 30.000 euros, no obstante haberse fijado la cuantía del recurso como indeterminada.

Alega la representación de la Universidad de Burgos: -que el objeto del recurso contencioso-administrativo, cuya sentencia se recurre en apelación, se concreta en una resolución rectoral que desestima un recurso de alzada interpuesto por un estudiante contra un acuerdo adoptado por el Tribunal de Revisión, sobre el ejercicio nº 4 del examen final de la asignatura 5705 “Matemáticas en el aula de primaria”, del tercer curso del Grado de Maestro en Educación Primaria, en el que se mantenía la nota establecida por el profesor de 5’625 puntos, por lo que el objeto del recurso es la nota otorgada en el indicado ejercicio, valorado con 2’5 puntos del examen del examen final de una asignatura que ha sido aprobada por el alumno apelante, que obtuvo la puntuación de 5’625 puntos en el examen final, por lo que no le ha impedido continuar sus estudios, que de hecho ha continuado, habiendo obtenido ya el título de Grado de Maestro en Educación Primaria. -Además, el examen final representa en la calificación final de la asignatura 5705 “Matemáticas en el aula de primaria” un 40%, de forma que, si se le valora definitivamente al alumno el ejercicio que ha reclamado con la máxima calificación de 2’5 puntos, el incremento en la calificación final de la asignatura sería de un punto. Por dicho motivo, de forma ostensible y evidente, la cuantía del recurso nunca alcanzaría la cantidad de 30.000 euros.

La representación de D., parte apelante, se ha opuesto a la inadmisión invocada, alegando: -que estamos ante una cuantía totalmente indeterminada y que no puede ser valorada. -Que no resulta procedente ahora la impugnación de la cuantía, habiendo admitido la apelada que era indeterminada. -Derecho a los recursos.

El artículo 81 de la Ley 29/1998 de la JCA establece: **1.** Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes: a) Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros. ...

El artículo 41 de la misma Ley 29/1998 establece: **1.** La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo. El artículo 42 de la misma Ley establece: **1.** Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes: a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél. b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada: Primero. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. Segundo. Por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera reconocido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. **2.** Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquéllos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración. También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos

profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores.

Como se ha señalado, el recurrente pretende que se anulen y dejen sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas y que se declare su derecho a la revisión y rectificación de la calificación del ejercicio 4 del examen final de la asignatura “Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria, puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima de 2,5 puntos.

La pretensión deducida ha de reputarse de cuantía indeterminada y, en consecuencia, apelable la sentencia que la ha desestimado en primera instancia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 81.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, antes transcrito.

El recurso de apelación, en consecuencia, es admisible.

CUARTO. Sobre la revisión de las calificaciones.

El apelante, como se ha dicho, pretende, previa anulación de los actos administrativos impugnados, la revisión y rectificación de la calificación de un ejercicio de un examen final de una asignatura, correspondiente al Grado en Maestro de Educación Primaria, que cursa en la Universidad de Burgos.

El artículo 30 del Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, establece: **Revisión ante el profesor o ante el tribunal.** 1. Los estudiantes tendrán acceso a sus propios ejercicios en los días siguientes a la publicación de las calificaciones de las pruebas de evaluación realizadas, en los términos previstos en la normativa autonómica y de la propia universidad, recibiendo de los profesores que los calificaron o del coordinador de la asignatura las oportunas explicaciones orales sobre la calificación recibida. Asimismo, en los términos previstos en la normativa autonómica y de la propia universidad, los estudiantes evaluados por tribunal tendrán derecho a la revisión de sus ejercicios ante el mismo. En el caso de las universidades a

distancia, los canales de comunicación podrán ajustarse a su metodología y tecnologías de comunicación. 2. La revisión, en ambos casos, se llevará a cabo en los plazos y procedimientos que se regulen en la normativa autonómica y de las propias universidades. En cualquier caso, la revisión será personal e individualizada. La revisión deberá adaptarse a las necesidades específicas de los estudiantes con discapacidad, procediendo los departamentos, bajo la coordinación y supervisión de la unidad competente en cada universidad, a las adaptaciones metodológicas precisas y, en su caso, al establecimiento de revisiones específicas en función de sus necesidades. 3. El período de revisión finalizará en un plazo anterior al establecido por la universidad para la publicación y cierre de actas. El artículo 31 del Estatuto del Estudiante Universitario establece: **Reclamación ante el órgano competente.** Contra la decisión del profesor o del tribunal cabrá reclamación motivada dirigida al órgano competente. A propuesta de dicho órgano, se nombrará una Comisión de reclamaciones, de la que no podrán formar parte los profesores que hayan intervenido en el proceso de evaluación anterior, que resolverá en los plazos y procedimientos que regulen las universidades.

El Reglamento de Evaluación de la Universidad de Burgos, en su artículo 3, establece: Guías docentes. Evaluación. 3.1. La guía docente constituye el documento básico de referencia para el alumno/a y deberá contener, al menos: la denominación de la asignatura, el módulo y/o materia a la que pertenece, el departamento o departamentos responsable/s, el coordinador/a de asignatura, el profesorado que la imparte, el curso y semestre de impartición, el tipo de asignatura (básico, obligatorio u optativo), el número de créditos ECTS, las competencias que debe adquirir cada estudiante, el programa de contenidos (objetivos docentes, bloques de contenidos y bibliografía), la metodología de enseñanza y aprendizaje en relación a las competencias que debe adquirir, los criterios de evaluación, los recursos de aprendizaje y apoyo tutorial, el calendario y horario y el idioma en que se imparte. 3.2. Las guías docentes deben recoger de manera explícita los sistemas de evaluación. En concreto deben reflejar las

calificaciones asignadas a los diferentes procedimientos y evidencias del aprendizaje del estudiante, indicando al menos la ponderación respecto a la calificación global de la asignatura.

El artículo 4 del Reglamento de Evaluación establece: Objeto de evaluación. Son objeto de evaluación los resultados del aprendizaje de cada estudiante relativos a la adquisición de competencias (conocimientos, destrezas, habilidades o actitudes) en correspondencia con los objetivos y contenidos especificados en la guía docente de la asignatura.

El artículo 20 del mismo Reglamento establece: Revisión de las calificaciones de las pruebas de evaluación. 20.1. Cada estudiante tendrá derecho a revisar de forma individualizada las calificaciones de las pruebas de evaluación que haya realizado y a que el profesor/a le justifique la forma en que se han aplicado los criterios de evaluación.

El artículo 22 del Reglamento de Evaluación de la Universidad de Burgos establece: Reclamaciones. 22.1. Cualquier estudiante que habiendo revisado las pruebas no estuviera conforme con la calificación obtenida podrá solicitar por escrito al director/a del departamento al que pertenezca el docente implicado, la convocatoria de un Tribunal que valorará nuevamente la calificación otorgada a la prueba objeto de reclamación y, en su caso, a la asignada al proceso global de evaluación continua. ... 22.4. El tribunal estará formado por tres docentes con vinculación permanente de las áreas de conocimiento que impartan la asignatura, sin que en ningún caso pueda formar parte del mismo el profesor/a que haya realizado la calificación inicial. Si en las áreas afectadas no hubiere profesorado suficiente, se completará con el de áreas lo más afines posible del mismo u otro departamento. En este último caso el departamento elevará su propuesta a la dirección del centro para su aprobación. En cualquier caso, la propuesta incluirá la designación del presidente/a del tribunal. 22.5. El presidente/a del tribunal, nombrado/a por el Consejo del Departamento, dará traslado de la solicitud al docente afectado, solicitándole remita al Tribunal una copia de la prueba objeto de reclamación, así como un informe

sobre la aplicación de los criterios de calificación y cualquier otro aspecto que considere conveniente, en plazo no superior a cinco días. Pasado dicho plazo se continuará el procedimiento con o sin informe del docente. 22.7. El tribunal, tras revisar los escritos del alumno/a y del profesor/a, u otra información adicional que pudiera considerar necesaria, emitirá una resolución motivada de confirmación o no de la calificación emitida. Para ello, basará su decisión en los criterios de evaluación hechos públicos para la prueba de evaluación reclamada. Si la prueba hubiera sido oral y no tuviera soportes documentales, el tribunal podrá repetir la prueba en la misma forma. 22.8. El tribunal deberá resolver en el plazo de 10 días hábiles contados desde el siguiente al de su nombramiento. Su calificación sustituirá a la del profesor/a, salvo que ratifique la calificación inicial. ...

22.11. Contra la resolución adoptada por el presidente/a del tribunal de reclamaciones, el alumno/a podrá interponer recurso de alzada ante el rector/a o vicerrector/a con competencias en ordenación académica.

QUINTO. Sobre la motivación de las resoluciones administrativas impugnadas.

El recurso de apelación plantea, en lo sustancial, dos motivos de disconformidad con la sentencia recurrida, que son la falta de motivación, que considera evidente, y la valoración por la juzgadora a quo de la prueba practicada, que considera errónea, arbitraria, irracional y contraria a las reglas de valoración que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues considera que la pericial practicada debe determinar que sea acogida la pretensión deducida por el actor, ahora apelante.

La representación de la Universidad de Burgos alega que el recurso de apelación se limita a reproducir todos los argumentos expresados en el escrito de demanda y en el de conclusiones, pero no esgrime concretos motivos en que se apoya la apelación.

Ahora bien; este motivo de oposición al recurso de apelación, vistas las alegaciones formuladas en el recurso de apelación, no puede ser acogido

porque, aunque es cierto que buena parte de las alegaciones vertidas en esta alzada ya han sido desarrolladas en el proceso sustanciado en la instancia, también la ahora apelante efectúa otras alegaciones referidas a la valoración probatoria por la sentencia apelada, por lo que no puede acogerse lo manifestado, en este sentido, por la Administración demandada.

En el recurso de apelación se alega que no existe una motivación suficiente que permita considerar razonado el juicio valorativo emitido, pues solamente se afirma que no hay otras soluciones al ejercicio establecido y que la dada por el apelante es incorrecta, motivación que es insuficiente para garantizar el derecho de revisión reconocido al alumno, pues nada se dice acerca del juicio técnico seguido por el profesor que ha realizado la calificación del ejercicio en cuestión.

El artículo 35 de la Ley 39/2015, del PACAP, establece: 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: ... b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión. ... i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La jurisprudencia es exigente a la hora de requerir que la Administración exponga las razones que sirvan para conocer el porqué de su decisión, sin acudir a frases vacías o a estereotipos que, en realidad, nada aclaren sobre la motivación, aunque, cierto es que, también, debe tenerse en cuenta que la motivación no tiene que ser exhaustiva, siendo suficiente cuando se concretan las razones de la decisión y que, además, también debe tenerse en cuenta que la motivación puede hacerse por lo que la doctrina jurisprudencial constitucional llama motivación por remisión o motivación por referencia, pudiendo entenderse cumplido el requisito a partir de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo.

La cuestión, en este caso, se plantea en relación con la calificación del ejercicio 4 del examen final de fecha 28-05-2019, de la asignatura

“Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria

El ejercicio nº 4 del examen final, según evidencia el f. 6 del expediente administrativo, fue planteado en los siguientes términos: Ana, Luis y Carlos van de excursión. Ana lleva dos tortillas mientras que Luis lleva tres. Carlos no lleva comida y los tres comen la misma cantidad. Carlos quiere compensar lo recibido y decide hacerles un regalo a cada uno gastándose 20 euros en total. ¿Cuánto debe gastarse en el regalo de Ana y cuanto en el de Luis para corresponderles en la misma proporción que ellos le dieron de comer? (2 punto).

El apelante resolvió el ejercicio nº 4 en los siguientes términos: Carlos deberá gastarse $\frac{2}{5}$ de 20 euros = 8 euros en Ana y en Luis $\frac{3}{5}$ de 20 = 12 euros. Datos: Ana divide las dos tortillas en 3 partes cada una; Luis divide las tres tortillas en 3 partes cada una; Carlos va a dividir sus 20 euros en 5 partes y les dará a cada uno lo correspondiente: 8 euros a Ana (2×4 euros) y 12 euros a Luis (3×4 euros); en total, 20 euros.

La resolución del ejercicio 4 del examen, según evidencia el f. 10 del expediente administrativo, se hizo en los siguientes términos: Actividades con fracciones. Las fracciones nos ayudan a resolver a problemas. Ana, Luis y Carlos van de excursión. Ana lleva dos tortillas mientras que Luis lleva tres y Carlos no lleva comida, pero comen los tres la misma cantidad. Carlos quiere compensar lo recibido y decide hacerles un regalo a cada uno gastándose 20 euros en total. ¿Cuánto debe gastarse en el regalo de Ana y cuanto en el de Luis para corresponderles en la misma proporción que ellos le dieron de comer?. RESOLUCION: En total tienen 5 tortillas, con lo que tocan cada uno a $\frac{5}{3}$ de tortilla, es decir, $1 \frac{2}{3}$ tortilla. Tal como se aprecia en la figura 8.20, Ana le ha dado a Carlos $\frac{1}{3}$ de tortilla, mientras que Luis le ha dado $1 \frac{1}{3} = \frac{4}{3}$ de tortilla. Por tanto, Luis le ha dado cuatro veces lo que le ha dado Ana. Si Carlos quiere responder su atención de manera proporcional, deberá gastarse 4 euros en el regalo de Ana y 16 euros (4 veces 4 euros) en el de Luis.

En el f. 10 del expediente administrativo se contiene la figura 8.20. En el examen final realizado por el apelante, ff. 5 a 9, no se aprecia que contenga la figura 8.20.

En el presente supuesto, el Tribunal para la revisión de la calificación acordó mantener la calificación establecida por el profesor (5'625 puntos), por entender que el ejercicio está correctamente formulado, que no da posibilidad a múltiples interpretaciones, que la solución al mismo es única y que la respuesta dada por el alumno es incorrecta.

El Tribunal para la revisión, según puede leerse en la resolución, tuvo en cuenta el examen del estudiante, que fue solicitado al profesor, examinando el examen y en concreto el ejercicio 4, que fue el que motivó la reclamación.

En la reclamación, el apelante expuso que solicitaba la revisión del examen final de la asignatura, más en concreto de la actividad que plantea la resolución de un problema, señalando que el enunciado del problema presenta unos datos que pueden dar lugar a diferentes soluciones, las cuales son correctas y que, en el caso del apelante, optó por resolver el problema de forma diferente a la del resto del alumnado, lo que ha supuesto un argumento para considerar que su resultado es erróneo; añade que le gustaría que se analizase bien el enunciado del ejercicio y se revisara su propuesta de resolución.

En el recurso de alzada, el apelante señaló que el día 5 de julio de 2019 tuvo una tutoría para revisar su examen con el que ha sido el profesor de la asignatura, durante la que el apelante argumentó y expuso las razones por las que consideraba que el ejercicio estaba bien resuelto y que el profesor declinó su propuesta. También refirió haber dirigido un escrito al director del departamento exponiendo la situación y que incluso telefónicamente argumentó el porqué de su resolución, pero que finalmente declinó su propuesta.

No cabe duda alguna, como ha establecido la juzgadora a quo, que el profesor de la asignatura revisó el ejercicio y explicó al alumno las razones de la calificación y que éste ha tenido, en todo momento, acceso a las

razones que llevaron a las resoluciones administrativas, tanto la originaria como la que resuelve el recurso de alzada. Del contenido de la reclamación, resulta, sin lugar a dudas, que el apelante, al presentar la reclamación, conocía el motivo por el que fue considerado erróneo el resultado que expuso en el ejercicio, pues expuso el motivo en la reclamación y sobre esto resolvió el Tribunal para la revisión.

Cuestión distinta es si puede considerarse demostrado que la explicación recibida por el alumno fue suficiente para considerar colmado el requisito de la motivación

Cabe recordar que el expediente administrativo, al igual que los documentos que obran en las actuaciones del recurso contencioso-administrativo, ha de ser tenido en cuenta necesariamente, sin perjuicio de la valoración que se haga del mismo.

En la resolución que resuelve el recurso de alzada, como se ha dicho, se indica que no es posible atender la petición efectuada por el recurrente, relativa a la realización de una nueva revisión del examen, ni desde el punto de vista procedimental, dado que el procedimiento legalmente previsto ya se ha evacuado de forma totalmente correcta, ni desde el punto de vista de la intervención de este órgano rector, porque nos encontramos ante un ejercicio de discrecionalidad técnica, llevado a cabo por parte de expertos en la materia objeto de examen.

Ahora bien; cuestión distinta, como se ha dicho, es que, como sostiene el apelante, la motivación ofrecida por el profesor de la asignatura, por el Tribunal para la revisión y por el Rector sean suficientes para resolver la revisión de la calificación, pues si bien es cierto que se han exteriorizado las razones por las que se considera que debe mantenerse la calificación del alumno, no se ha explicado, o al menos no consta, que se haya exteriorizado en el expediente administrativo la razón por la que el ejercicio, en su formulación, no da posibilidad a múltiples interpretaciones y la solución al mismo es única y no puede aceptarse la dada por el apelante, pues esta conclusión no se obtiene de una lectura del ejercicio planteado en

el examen que obra en el expediente administrativo y debe señalarse que, según puede leerse en el acuerdo, el Tribunal para la revisión contó con el examen realizado por el alumno y no menciona ningún otro documento.

La STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013) dice: “SÉPTIMO.- Desde esa jurisprudencia que acaba de ser recordada ya debe decirse que en la aquí controvertida calificación otorgada a la recurrente en el segundo ejercicio de la fase de oposición no es de apreciar falta de motivación ni arbitrariedad.

No hay falta de motivación en el aspecto formal y tampoco en el sustantivo.

En el formal porque, con independencia de la diligencia en las actuaciones referida a que tras la primera solicitud de revisión de examen hubo una comparecencia de la recurrente en la que el Tribunal Calificador le informó de todo cuanto se ha expresado en el apartado 4 del primer fundamento de esta sentencia, consta fundamentalmente que, una vez planteado el recurso de alzada, fue emitido ese Informe de 20 de septiembre de 2011 por el Tribunal Calificador. Y en este informe, reproducido luego en la resolución administrativa que desestimó el recurso de alzada, se señala que las razones de la puntuación aplicada a cada uno de los supuestos prácticos fue el ajuste o no del examen de la actora al modelo de respuestas que previamente había sido aprobado por el Tribunal Calificador, como también figuran las calificaciones otorgadas a las preguntas del Caso Trauma; y aunque en este informe no figuran las del Caso Intoxicación, en el folio 533 del expediente administrativo aparece el desglose de los puntos que se otorgaron a cada una de las preguntas del mismo.

En el sustantivo porque, frente a la afirmación contraria de la demanda, sí constan estos tres elementos que según la jurisprudencia de esta Sala constituyen el contenido de la motivación.

Así: se conoce el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido del examen realizado por la recurrente (y que obra en el

expediente); se sabe también cuál fue el criterio cualitativo seguido para decidir la calificación (el modelo de respuestas previamente aprobado por el Tribunal Calificador); y se explica que la razón de la puntuación finalmente otorgada fue ese mayor o menor ajuste del examen con el modelo de respuestas de que se viene hablando.

Lo que acaba de exponerse pone de manifiesto que hubo motivación bastante para que la recurrente pudiera impugnar en el proceso judicial la calificación que le fue otorgada con total plenitud de las garantías que son inherentes a su derecho de defensa; y descarta, así mismo, que pueda aceptarse la arbitrariedad que también ha sido reprochada a la actuación administrativa que es objeto de la actual impugnación jurisdiccional.”.

En el presente supuesto, lo único que conoce el apelante es que en criterio del profesor y del Tribunal para la revisión, el ejercicio está correctamente formulado y no da lugar a posibilidad de múltiples interpretaciones, la solución es única y la dada por el apelante no es correcta, pero no se ha exteriorizado lo fundamental que es conocer cómo o en base a qué se considera que esto es así. Por otra parte, y como se ha dicho, en el documento del examen final, al menos en el remitido, no se aprecia la figura 8.20.

Lo expuesto hasta ahora ya es suficiente para la estimación del recurso de apelación.

SEXO. Sobre la valoración de la prueba pericial y la discrecionalidad técnica.

En el recurso de apelación se alega que la juzgadora a quo incurre en error evidente y manifiesto en la apreciación de las pruebas, que determina una valoración arbitraria, irracional y contraria a las reglas de valoración contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente de la pericial judicial técnica, que concluye que la solución técnica dada por el alumno es evidentemente correcta y no existe motivación técnica alguna que avale y

sustente lo contrario, pues el enunciado del problema presenta datos que pueden dar lugar a diferentes soluciones, todas ellas correctas.

Debe señalarse, en primer lugar, que esta Sala, en la sentencia nº 34/2020, de 2 de marzo de 2020 (rec. 12/2020), de la que fue ponente la Ilma. Sra. García Vicario, ha señalado: “Cuando en vía de apelación se cuestiona la valoración de la prueba hecha en instancia, como aquí acontece, es de recordar que de conformidad con una reiterada y constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en el proceso contencioso-administrativo la prueba se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil y no se puede olvidar que la base de la convicción del juzgador para dictar sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada. Y, conectando con esto último, hemos de resaltar que la materia de valoración de la prueba, dada la vigencia del principio de inmediación en el ámbito de la práctica probatoria, es función básica del juzgador de instancia que solo podrá ser revisada en supuestos graves y evidentes de desviación que la hagan totalmente ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, por lo que desde esta perspectiva procede entrar a examinar si en el presente caso se ha incurrido en error en la valoración de la prueba. ...”.

En segundo lugar, cabe recordar que la prueba pericial es valorada libremente por el juez. El artículo 348 de la LEC 1/2000 establece: Valoración del dictamen pericial. El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

Sin duda alguna, la decisión sobre la calificación de la solución dada a un ejercicio que forma parte de un examen está investida de la discrecionalidad técnica.

La STS de 22 de diciembre de 2006 (recurso de casación en interés de ley nº 72/2003) dice: “... Es indudable que los profesores, sobre todo en la Universidad, disponen de un margen de apreciación a la hora de calificar los ejercicios de los alumnos. ...”.

Ahora bien; lo señalado no es suficiente para el enjuiciamiento del presente supuesto.

La STS de 24 de marzo de 2015 (rec. 1053/2014) dice: "CUARTO.- Para resolver sobre la discrecionalidad técnica no está de más recordar la Sentencia de 16 marzo de 2015, recurso de casación 735/2014 cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se resumen en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo , que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

"Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)".

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

"Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los

Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho , entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE".

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños" .

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre

otras, en las SSTs de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las

razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004), sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004); o sobre procesos selectivos en las distintas Administraciones Públicas (STS de 18 de diciembre de 2013, casación 3760/2012)".

Dice la STS de 26 de septiembre de 2011 (rec. 2623/2010): "SÉPTIMO.- En el caso de autos la base de fundamentación de la Sentencia pretende situarse en el ámbito de lo que en nuestra jurisprudencia hemos calificado como "aledaños" del juicio técnico, a partir del presupuesto de que en el supuesto práctico formulado en el ejercicio de la recurrente, se pedía la

elaboración de un plan del caso respecto de los menores a los que el caso se refería, y que el Tribunal Calificador sin embargo, a la hora de la corrección del ejercicio, lo valoró como si lo pedido hubiese sido un "Programa de Intervención Individualizada". Si tal fuese lo acaecido, nos encontraríamos, sin duda, en el ámbito de lo que nuestra jurisprudencia viene calificando como "aledaños" de la discrecionalidad técnica, ...".

La STS nº 1058/2016, de 11 de mayo de 2016 (rec. 1493/2015), dice: "SEXTO.- Sin embargo, sí debe ser acogido el reproche referido a la pregunta 26 de la segunda parte del ejercicio de oposición. La jurisprudencia de esta Sala, en esa difícil y delicada materia del control de las actuaciones encuadrables en la llamada "discrecionalidad técnica", ha hecho un permanente esfuerzo por ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto para toda actuación administrativa en el artículo 106.1 de la Constitución [CE]; jurisprudencia cuya síntesis está representada por estas ideas principales: (I) la diferenciación que ha de hacerse, dentro de las actuaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica entre los aledaños y el núcleo del juicio técnico; (II) el significativo papel que corresponde a la motivación dentro de esa distinción; y (III) los límites que debe respetar el control jurisdiccional que se efectúe en esta clase de actuaciones de valoración técnica. Respecto de esos aledaños, esta Sala viene señalando que están representados por la actividad preparatoria o periférica del juicio técnico, y esta, a su vez, comporta la delimitación con claridad de la materia que haya sido objeto del juicio técnico, los criterios seguidos para la valoración técnica y la constancia de que, para todo lo anterior, han sido observado los postulados constitucionales de igualdad, mérito y capacidad e interdicción de la arbitrariedad (artículos 9.3 , 14 , 23 y 103.3 CE). Sobre la motivación se ha dicho que no está sometida a unos rigurosos parámetros formales y, por ello, habrá de entenderse debidamente observada cuando el conjunto de las actuaciones permitan constatar con facilidad esos elementos que encarnan los aledaños; y, más particularmente, cuando el Tribunal Calificador haya consignado, tanto los criterios de valoración cualitativa utilizados para emitir

su juicio técnico, como las circunstancias o razones por las que la aplicación de esos criterios conduce al concreto resultado declarado para cada uno de los aspirantes. Y en cuanto al control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, se ha insistido en que el órgano jurisdiccional no puede sustituir el juicio técnico emitido por el órgano especializado y también debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como válido o aceptable en el correspondiente saber especializado. La doctrina de esta Sala ha señalado también que uno de los límites que, entre otros, afectan a la llamada discrecionalidad técnica, es el referido a la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo tests. Doctrina que consiste en señalar que ese límite no forma parte del núcleo de la discrecionalidad técnica y, por ello, puede ser objeto de control jurisdiccional. ...”.

La STS de 16 de diciembre de 2014 (rec. 3157/2013), antes citada, dice: “SEXTO.- La doctrina jurisprudencial que acaba de recordarse debe ser completada con estas otras consideraciones que continúan.

I.- La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse.

Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error

técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas (artículos 14 y 23.2 CE) reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

II.- La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador.

Estas exigencias lo que apuntan es que tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error de que se viene hablando; y para ello será necesario lo siguiente: (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacierto técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.”.

SEPTIMO. Sobre la prueba pericial practicada.

La STS de 13 de mayo de 2011 (rec. 3408/2007) dice: “La jurisprudencia de esta Sala y Sección [Sentencias de 27 de octubre de 2010 (4976/2006), de 18 de septiembre de 2009 (casación 2730/2005), de 3 de julio de 2008 (Casación 5943/2005) y de 4 de julio de 2001 (Casación 7400/1996)] exige que el resultado de la prueba pericial en el proceso, y singularmente en la conclusión que se alcanza en la sentencia, se explicite debidamente en la sentencia para que las partes puedan conocer porqué la Sala de instancia no toma en consideración las consideraciones del perito, cuales son los reparos al contenido del informe y, en definitiva, si sus consideraciones han proporcionado, y en qué medida, las bases de la decisión judicial.”.

En el presente supuesto, la sentencia apelada ha expuesto ampliamente las razones por las que considera que la prueba pericial no es útil para que la pretensión deducida por el actor, ahora apelante, no puede prosperar. Cuestión distinta es que la Sala comparta, que no lo hace, esta fundamentación realizada por la juzgadora a quo, pues esta motivación no tiene en cuenta lo actuado en el expediente administrativo, ni la motivación que resulta de lo actuado en el éste.

Los términos en los que fue planteado el ejercicio cuya calificación se cuestiona pueden ser enjuiciados por los órganos de la jurisdicción, al igual que puede ser valorado el contenido de la resolución que estableció el profesor que efectuó la calificación.

En el acuerdo del Tribunal para la revisión se dice que lo que se ha tenido en cuenta es el examen y concretamente el ejercicio nº 4 del mismo, que fue reclamado. En el examen se lee lo que se lee.

No se lee, en la formulación del ejercicio, que los dos excursionistas que llevan comida den de comer en distinta proporción al excursionista que no lleva comida. No se habla de proporciones en el reparto de comida. Lo que se lee es que uno lleva dos tortillas, otro tres y otro ninguna y que los tres comen la misma cantidad.

Tampoco se aprecia, en el examen, ninguna figura, ni concretamente la 8.20 que consta en la resolución del ejercicio (f.10 del expediente administrativo).

Es cierto que en la Guía docente, como Objetivos docentes, figura saber cuál es el enfoque didáctico que el futuro maestro ha de seguir en la práctica educativa para que los niños elaboren aprendizajes matemáticos de manera que les sean útiles y que los puedan integrar de manera que se conviertan en elementos significativos para ellos, así como disponer de criterios y destrezas en el empleo de distintos medios, materiales y recursos para la enseñanza-aprendizaje de los contenidos matemáticos de primaria, como también es cierto que en la Guía consta, en las unidades docentes,

como contenido de las mismas, enseñar matemáticas y estrategias didácticas.

Pero también lo es que el Tribunal para la revisión no menciona el artículo 4 del Reglamento de Evaluación, ni alude a la habilidad suficiente para explicar matemáticas demostrada por el alumno con la solución dada al ejercicio, ni menciona nada respecto de esta habilidad la solución establecida por el profesor, ni tampoco alude a la Guía docente. El Tribunal para la revisión se centra en la formulación del ejercicio y en la respuesta dada, que considera incorrecta porque entiende que la formulación del ejercicio no da lugar a múltiples interpretaciones, sin ofrecer más explicaciones.

Por otra parte, no está acreditado que el profesor que calificó el ejercicio ofreciera alguna explicación, al alumno, acerca de la habilidad para enseñar matemáticas que habría demostrado éste con la solución dada al ejercicio.

Finalmente, y lo que es más importante, en la resolución del ejercicio que obra al f. 10 del expediente administrativo no se aprecia ninguna mención a la habilidad para enseñar matemáticas; se ofrece una resolución del ejercicio sin más, a partir de un reparto de la comida sobre el que previamente nada se había indicado, pero no se indica razón alguna por la que demuestre una mayor habilidad para enseñar matemáticas el planteamiento seguido para la resolución.

En el presente supuesto, como consta en las actuaciones, se ha practicado prueba pericial por perito de designación judicial. El dictamen pericial ha sido emitido por una actuario de seguros, que además es Doctora en Economía y Profesora de Matemáticas Financieras y Cálculo Actuarial, en la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla.

Del informe pericial elaborado por perito de designación judicial resulta que tal y como se presenta el enunciado del problema, conlleva varias interpretaciones exponiendo hasta cuatro, y que una solución factible es la dada por el alumno, tal y como ha expuesto en la interpretación 1). La 2), la resolución del ejercicio admitida por el profesor que ha calificado el ejercicio,

es una de las cuatro interpretaciones posibles, a criterio del perito, también correcta.

El perito indica: -que tal y como se presenta el enunciado del ejercicio, no especifica nada sobre la preferencia en la elección de las porciones según la procedencia de cada tortilla y esto conlleva varias interpretaciones.

-Que la respuesta dada por el alumno es válida con una adecuada demostración de conocimientos. -Que sería factible calcular si los otros comensales compensarían las porciones consumidas de las tortillas ajenas a modo de regalo, pero no dice nada el enunciado al respecto. El enunciado no queda bien expresado para “forzar una sola respuesta”, conllevando a diversas interpretaciones. -Que a la vista de la respuesta del alumno, por su manera de expresarse y gráficos utilizados, demuestra que sus competencias en matemáticas de educación primaria son adecuadas.

El Reglamento de Evaluación establece, en el artículo 22.5, que el presidente/a del tribunal dará traslado de la solicitud al docente afectado, solicitándole remita al Tribunal una copia de la prueba objeto de reclamación, así como un informe sobre la aplicación de los criterios de calificación y cualquier otro aspecto que considere conveniente, en plazo no superior a cinco días.

Este informe no consta que se haya solicitado, ni tampoco consta que se haya tenido en cuenta ningún informe emitido por el profesor.

Pues bien; a la vista del contenido del expediente administrativo, el dictamen pericial obrante en las actuaciones se considera suficiente para desvirtuar la motivación exteriorizada por la Administración, pues acerca de la habilidad para la enseñanza de las matemáticas nada consta en el expediente administrativo, pues ni se dice nada en el acuerdo del Tribunal para la revisión, ni constan los criterios en base a los que resultaría acreditada la mayor o mejor habilidad para la enseñanza.

En los términos en los que se formuló el ejercicio, a la vista del contenido de la prueba pericial, el apelante hizo una resolución correcta del mismo.

Debe concluirse, por lo expuesto, que el acto administrativo impugnado y el que confirma no son conformes a derecho, por lo que deben ser anulados.

La anulación de los actos administrativos determina que deba declararse el derecho del recurrente a la revisión y rectificación de la calificación del ejercicio 4 del examen final de la asignatura “Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria, puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima establecida para el mismo.

Por lo expuesto, debe estimarse el recurso de apelación y revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, estimarse el recurso contencioso-administrativo.

OCTAVO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la L.J.C.A., al estimarse el recurso de apelación, no procede hacer una condena en costas.

En atención a todo lo expuesto

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto, por la representación de D. contra la sentencia nº 11/2021, de 18 de enero de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos en el recurso contencioso-administrativo autos de P.O. nº 71/2019, que se revoca y, en su lugar, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución adoptada por el Rector de la Universidad de Burgos, en fecha 24 de julio de 2019, que desestima el

recurso de alzada interpuesto por D. contra el acuerdo de fecha 19 de junio de 2019, del Tribunal de revisión de la asignatura “Matemáticas en el aula de primaria”, por el que mantiene la calificación otorgada por el profesor, que se anulan por ser contrarias a derecho, el derecho del recurrente a la revisión y rectificación de la calificación del ejercicio 4 del examen final de la asignatura “Matemáticas en el aula de Primaria” del 3º curso del Grado en Maestro de Educación Primaria, puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima establecida para el mismo.

Todo ello, sin que proceda hacer una condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

R. CASACION núm.: 2305/2019

Ponente: Excmo. Sr. D.

Letrada de la Administración de Justicia:

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 497/2021



NOTIFICADO 21.04.2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

En Madrid, a 12 de abril de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **2305/2019** interpuesto por la **UNIVERSIDAD DE BURGOS**, representada por el procurador don _____ y bajo la dirección letrada de _____, y

; representados por la procuradora y bajo la dirección letrada de ;
contra la sentencia de 21 de enero de 2019 dictada por la Sección Segunda de
Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de
Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de apelación nº 58/2018
interpuesto frente a la sentencia de 31 de julio de 2018 dictada por el Juzgado
de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos en el procedimiento abreviado
221/2017. Han comparecido como partes recurridas , y la Central Sindical
Independiente de Funcionarios CSI-CSIF (en adelante CSI-CSIF);
representados todos ellos por el procurador y bajo la dirección letrada de don
.

Ha sido ponente el Excmo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las representación procesal de , comparecidos
como recurridos en esta casación, interpusieron recurso contencioso-
administrativo 221/2017 seguido por los trámites del procedimiento abreviado
ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Burgos de Madrid,
contra la resolución Rectoral de 1 de

junio de 2017 por la que se convoca proceso selectivo de promoción interna para el acceso a Escalas del Grupo A, Subgrupo A2, de la Universidad de Burgos confirmada por resolución dictada en reposición de 11 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue resuelto por sentencia de 31 de julio de 2018 cuya parte dispositiva dice:

«Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores INADMITO el recurso contencioso-administrativo promovido por el Sindicato demandante en base a lo dispuesto en el Art. 69b) de la LJCA y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el resto de recurrentes arriba referenciados por razones de fondo y, en consecuencia, confirmo la Resolución/es impugnada/s. Con condena en costas a los recurrentes en el límite antedicho.»

TERCERO.- Contra dicha sentencia los allí demandantes -y ahora recurridos en casación- interpusieron recurso de apelación 58/2018 ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, que se tramitó y fue estimado por sentencia de 21 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que se estima el recurso de apelación registrado con el número 58/2018, interpuesto por el Procurador de los Tribunales , en nombre y representación del SINDICATO CSI-F y de

, defendidos por el Letrado , contra la sentencia nº 159/2018, de fecha 31 de julio de 2018, dictada en el Procedimiento Abreviado 221/2017, por el Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo núm. 1 de Burgos, por la que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo promovido por el Sindicato demandante en base lo dispuesto en el art. 69b) de la LJCA y desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el resto de los recurrentes contra la Resolución Rectoral de fecha 1 de junio de 2017 por la que se convoca proceso selectivo de Promoción interna para el acceso a Escalas del Grupo A, Subgrupo A2, de la Universidad de Burgos confirmada por Resolución dictada en reposición de fecha 11 de septiembre de 2017.

»Y en virtud de esta estimación, se revoca la sentencia de instancia por su disconformidad a Derecho, y se dicta otra por la que con desestimación de la causa de inadmisibilidad planteada por la Administración y entrando a conocer el fondo del asunto planteado en la demanda, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución Rectoral de fecha 1 de junio de 2017 por la que se convoca proceso selectivo de Promoción interna para el acceso a Escalas del Grupo A, Subgrupo A2, de la Universidad de Burgos confirmada por Resolución dictada en reposición de fecha 11 de septiembre de 2017, y ello, sin hacer imposición de costas procesales.»

CUARTO.- Notificada dicha sentencia, se presentó escrito por las representaciones procesales de la Universidad de Burgos y de y otros, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en sus escritos de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 1 de abril de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados los recurrentes y recurridos en tiempo y forma, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 28 de enero de 2020, lo siguiente:

«Primero. Admitir a trámite los recursos de casación preparados por la Universidad de Burgos y la representación procesal de _____ y otros contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en los autos del recurso de apelación nº 58/2018.

»Segundo. Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

» i) La determinación, en procesos de promoción interna vertical, del papel de la negociación colectiva en la materialización de las facultades de autoorganización de la Administración Pública.

» ii) La determinación y extensión de los requisitos que puede establecer la Administración pública para participar en un proceso de promoción interna vertical y su relación con los derechos constitucionales previstos en los artículos 14 y 23 CE sobre el acceso a los cargos públicos.

»Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las siguientes: los artículos 16, 18, 55 y 69 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en relación con los artículos 14 y 23 CE, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.»

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 3 de febrero de 2020 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió al recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la Universidad de Burgos evacuó dicho trámite mediante escrito de 27 de abril de 2020 en el que precisó las

normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y con anulación de la sentencia impugnada y confirmación de la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, formuló la siguiente pretensión:

«...que el requisito contemplado en la base 1.1.d) de la resolución del Rector de la Universidad de Burgos de 1 de Junio de 2.017 por el que se convoca proceso selectivo de promoción interna para el acceso a las Escalas de la UBU, clasificadas dentro del grupo A, subgrupo A2, resultado de la negociación colectiva se encuentra dentro del ámbito propio de la autonomía universitaria, como manifestación del principio de autoorganización de la Administración Pública. Además dicho requisito para participar en ese proceso selectivo de promoción interna no vulnera los derechos constitucionales previstos en los artículos 14 y 23 de la CE sobre el acceso a cargos públicos...».

OCTAVO.- Por su parte la representación procesal de _____ y otros, evacuó el trámite mediante escrito de 10 de julio de 2020 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y solicitó que se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

«Primero. – Acuerde la nulidad de la sentencia 12/2019 de fecha 21 de enero de 2019, dictada en el recurso de apelación 58/2018 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos.

» Segundo. – Confirme que la sentencia de 31 de julio de 2018, procedimiento abreviado 221/2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Burgos es ajustada a Derecho.

» Tercero. – Interprete las normas analizadas en este escrito, artículos 14 y 23 CE y 16, 18, 55 y 69 EBEP, de manera que se entienda ajustado a Derecho que la Administración Pública puede establecer requisitos de acceso

a un procedimiento de promoción interna vertical vinculados a la determinación de los puestos de trabajo en la RPT en atención a la eficacia del servicio público y a la eficiencia de la gestión pública y tras un proceso de negociación colectiva.»

NOVENO.- Por providencia de 2 de septiembre de 2020 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen sus escritos de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la representación procesal de la Universidad de Burgos y la de [redacted] y otros, solicitando ambos que se dicte sentencia que desestime el recurso interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente, por las razones contenidas en sus escritos de 5 de octubre de 2020.

DÉCIMO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 4 de febrero de 2021 se señaló este recurso para votación y fallo el 6 de abril de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 12 de abril siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN LITIGIOSA.

1. Por resolución Rectoral de la Universidad de Burgos, de 1 de junio de 2017, se convocó proceso selectivo de promoción interna vertical para el acceso a Escalas del Grupo A, Subgrupo A2.

2. Tal convocatoria tiene su origen en el acuerdo de 9 de marzo de 2004 por el que se pactó un plan de promoción interna para funcionarios de la citada

Universidad. Con base en los grupos de clasificación del artículo 25, en la redacción vigente en ese momento de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se preveía una oferta para que funcionarios del grupo D promocionasen al grupo C y que debería finalizar el 31 de diciembre de 2006 (puntos 1 y 2); así mismo se pactó un calendario para fomentar la promoción al resto de los grupos y en todos los cuerpos y escalas.

3. Celebradas las pruebas de promoción del grupo D al C, el resto del plan quedó en suspenso a raíz de la crisis económica, retomándose con la convocatoria litigiosa. Y en ella, ya con base en los grupos de clasificación del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP), como requisito de concurrencia, la base 1.1 exigía pertenecer al cuerpo o escala del Grupo C, Subgrupo C1, pero sólo los que ocupasen un puesto de trabajo clasificado en la relación de puestos de trabajo como A2/C1.

4. Esa relación de puestos de trabajo se refiere a la aprobada por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Burgos el 25 de junio de 2015 y cuya publicación ordenó el Rector por resolución de 21 de enero de 2016.

5. Aparte del sindicato CSIF, impugnaron en reposición la convocatoria los funcionarios del subgrupo C1 que no ocupaban plazas A2/C1 y que alegaron que su exclusión les discriminaba al quedar privados del ejercicio del derecho a la promoción interna vertical.

SEGUNDO.- PRONUNCIAMIENTOS DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y APELACIÓN.

1. Desestimado el recurso de reposición e impugnados jurisdiccionalmente tales actos, en su sentencia de 31 de julio de 2018 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestimó la demanda, acogiendo las razones que ofreció la Universidad de Burgos para justificar el trato diferenciado. En lo que ahora interesa razonó lo siguiente, expuesto en síntesis:

1º Que sólo pudiesen concurrir funcionarios del subgrupo C1 que ocupasen puestos clasificados como A2/C1 se debe a que sólo ellos refieren un complemento de destino 20/22 mientras que el resto de los funcionarios del grupo C (C1/C2) refieren complementos 18 o 16.

2º Admite que hay funcionarios del subgrupo C1 con complemento de destino 20 y que promocionaron a puestos clasificados como A2/C1 manteniendo ese complemento con arreglo a la anterior relación de puestos de trabajo, la de 2006, que cambió en 2009 y se mantiene en la actual.

3º Con base en las testificales practicadas expone que la convocatoria tiene su origen en el acuerdo para retomar los procesos de promoción interna iniciados en 2004, para todos los grupos de clasificación, e interrumpidos en “2006/07” a raíz de la crisis económica.

4º De esta manera sólo promocionaron los funcionarios del grupo D al antiguo C (o anterior clasificación C2 al C1), por lo que faltaba la promoción de los del grupo C1 que ocupaban puestos A2/C1. Sin esa restricción habría funcionarios que promocionarían dos veces.

5º La consecuencia es que ese trato diferenciado está justificado, no conculca el principio de igualdad y es respetuoso con los principios de mérito y capacidad: tiene por razón retomar ese proceso de promoción interna así como la diferencia de complemento de destino asignados a cada grupo.

2 Tal sentencia fue anulada en apelación por la ahora impugnada en esta casación. También en síntesis, y en lo que ahora interesa, razona lo siguiente:

1º Cita los artículos 16, 18, 55 y 69 del EBEP así como la normativa autonómica que considera aplicable e invoca la potestad de autoorganización administrativa, sus límites y control.

2º La promoción interna vertical conforme al artículo 18 del EBEP es una promoción de grupo, luego deben participar los que se encuentren en el

mismo grupo: en este caso el C, Subgrupo C1, lo que relaciona con la garantía del artículo 23.2 de la Constitución y el artículo 55.2 del EBEP.

3º De tales preceptos se deducen una serie de exigencias y límites entre los que no está el desempeño de un determinado puesto de trabajo con una clasificación específica en la relación de puestos de trabajo, por lo que rechaza que el trato diferenciado tenga una motivación satisfactoria.

4º Expone el error en que incurre la sentencia de primera instancia al valorar la prueba pues no cabe apreciar la circunstancia en que se fundamenta. Así del documento 2 aportado con la demanda se deduce que en la relación de aspirantes a la convocatoria impugnada figuran varios de los codemandados -y allí apelados- que en 2005 superaron las pruebas selectivas para el ingreso en la escala administrativa de la Universidad de Burgos por promoción interna, luego la doble promoción también se daría respecto de varios de ellos.

5º Rechaza que la sentencia impugnada conecte la justificación del trato diferenciado con la relación de puestos de trabajo, pues no se enjuicia su legalidad y sí una restricción injustificada que lleva a excluir a quienes pertenecen al mismo grupo y que tal diferencia se base en nivel de complemento exigible para desempeñar puestos clasificados A2/C1 por ocuparlos quienes tienen un complemento 20/22. Advierte así que los funcionarios del subgrupo A2 tienen asignados complementos que van del 16 a 26, complementos que también tienen los allí apelantes, demandantes en la instancia y ahora recurridos en casación.

6º Por tanto, la promoción es para todos los incluidos en un mismo subgrupo -el C1- que cumplan los niveles de complemento exigible que para Subgrupo A2, de 16 a 26 lo que comprende a esos apelantes. En definitiva y sin cuestionar que en la relación de puestos de trabajo haya puestos clasificados como A2/C1, lo que no es admisible es que sólo puedan promocionar quienes los ocupen, lo que implica una predeterminación de los aspirantes.

7º Y, en fin, a mayor abundamiento, añade que todos los aspirantes que han participado en la convocatoria impugnada y que ocupaban puestos de trabajo clasificados como A2/C1, han superado las pruebas por lo que la convocatoria, más que un concurso de promoción interna, es una reclasificación encubierta de puestos de trabajo.

TERCERO.- CUESTIÓN SOBRE LA QUE DEBE PRONUNCIARSE ESTA SALA Y ALEGACIONES DE LAS PARTES.

1. Tal y como se expone en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, lo que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia se ciñe a dos cuestiones: qué función tiene en los procesos de promoción interna la negociación colectiva respecto del ejercicio de las potestades de autoorganización de las Administraciones y qué requisitos se pueden establecer para participar en un proceso de promoción interna vertical que sean compatibles con los artículos 14 y 23 de la Constitución.

2. Planteada así esta casación, los argumentos de las partes recurrentes pueden exponerse conjuntamente, partes que son la Universidad de Burgos y aquellos funcionarios del subgrupo C1 que promocionaron al subgrupo A2 precisamente porque sólo ellos ocupaban plazas clasificadas A2/C1. Estos alegatos son, en síntesis, los siguientes:

1º La sentencia de la Sala infringe los artículos 18 y 55.2 del EBEP, en concreto silencia que la negociación con la Junta del Personal funcionario tenía como fin incentivar la participación en procesos selectivos y la progresión en la carrera profesional.

2º La base 1.1.d) impugnada es fruto de la negociación colectiva, lo que se relaciona con la relación de puestos de trabajo -consentida por los demandantes en la instancia- y el ejercicio de la potestad de autoorganización [artículos 37.1.f) y m), 2.e), 39.1 y 41 del EBEP].

3º La sentencia ignora el principio constitucional de autonomía universitaria en relación con el artículo 2.2.e) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, más los Estatutos de la Universidad de Burgos.

4º El objetivo del requisito impugnado era facilitar la promoción interna de funcionarios de niveles 20 y 22, luego tenían un nivel de retribución diferenciado al estar encuadrados en puestos con doble vinculación A2/C1. Además, respecto de la promoción interna juegan otros factores distintos de los contemplados para el acceso a la función pública como son la eficacia de la organización, la consolidación de las estructuras de recursos humanos, las limitaciones presupuestarias, lo previsto en la relación de puestos de trabajo y la calidad en la prestación del servicio público (cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional 365/1993).

5º Tal requisito diferenciador está justificado, luego es conforme con los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, pues la convocatoria pretende garantizar el derecho a Promoción profesional de los funcionarios que no pudieron hacerlo. Se remite a la prueba practicada, en concreto a las actas y acuerdos en las mesas de negociación y reuniones de la Junta de Personal más a las testificales, todo lo cual explica que los subgrupos C1 y A2 tengan unos complementos 20/22 y que en la relación de puestos para los ocupados por funcionarios del subgrupo C1 o subgrupos C1/C2 tengan complementos 16/18.

6º La clave es el artículo 69.1 del EBEP referido a la planificación de los recursos humanos, cuyo objetivo es contribuir a la eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos económicos, lo que se conecta con lo declarado por la sentencia del Tribunal Constitucional 365/1992.

7º Finalmente la Universidad de Burgos invoca en apoyo de sus alegatos algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han admitido la legalidad de pruebas como la impugnada.

3. La parte recurrida en casación -integrada por el sindicato CSIF más los demandantes en primera instancia y apelantes en la segunda e integrada por los funcionarios del subgrupo C1 excluidos de la convocatoria por no ocupar puestos clasificados A2/C1-, alega en síntesis lo siguiente:

1º Destaca que la sentencia impugnada no se pronuncia sobre el alcance del acuerdo de 2004 entre Gerencia y la Junta de Personal funcionario y en el que no consta que en el proceso de promoción interna al subgrupo A2 debía excluirse a los funcionarios C1 que no ocupasen un puesto A2/C1. Dicho acuerdo tenía por finalidad facilitar la promoción interna a los funcionarios pertenecientes al mismo grupo, no restringirla.

2º Una eventual estimación de este recurso no debería comportar la anulación de la sentencia, sino la retroacción para que la Sala resolviese conforme a la doctrina que fije este Tribunal Supremo, pero previa determinación si realmente hubo acuerdo pues la sentencia no examina esta cuestión. Y de existir no puede ampararse en la negociación colectiva pues no puede ser contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

3º Con invocación del artículo 18 del EBEP destaca que si tanto los demandantes como demandados pertenecían al subgrupo C1, si habían superado las mismas pruebas y cumplían los niveles de complemento, no cabe la exclusión impugnada basada en la negociación colectiva ni que pueda haber un pacto contrario al artículo 18 del EBEP.

4º Los demandados y ahora recurrentes en casación, funcionarios del subgrupo C1, ocupaban puestos A2/C1 gracias a la relación de puestos de trabajo, luego no accedieron a esos puestos por proceso selectivo, perciben mejor retribución y no por eso consolidan ningún derecho ni obtienen puesto de trabajo de un grupo superior. Estos funcionarios obtienen premio doble: se modificó la relación de puestos de trabajo y sus puestos figuran como A2/C1 y sólo ellos pueden participar, de ahí que hayan aprobado todos los participantes admitidos.

5º Lo alegado por los recurrentes sobre el principio de autonomía universitaria, la potestad de autoorganización y la motivación de los actos administrativos, incurre en desviación procesal.

6º Respecto de la infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, se remite al artículo 18.2 del EBEP y añade que la sentencia impugnada parte de que todos los funcionarios del subgrupo C1 están integrados en el mismo grupo funcional y habían superado las mismas pruebas de acceso, luego la base impugnada implica discriminación: basta estar un día en puesto A2/C1 y resultar beneficiado.

7º No ha habido verdadera promoción interna sino reclasificación encubierta de puestos de trabajo y consolidación en el puesto de trabajo distinta a la promoción interna vertical.

8º Rechaza la cita de las sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia que invoca la Universidad de Burgos en su recurso por no ser aplicables al caso, una de ellas resolvía una situación anterior al EBEP y se fundamentaba en lo peculiar del caso conforme a la normativa autonómica aplicada.

9º Finalmente expone la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de los requisitos de concurrencia a procesos selectivos, que deben basarse en los principios de igualdad, mérito y capacidad sin incluir requisitos *ad hominem* lo que corrobora el artículo 56.3 del EBEP, sin que sea del caso la exigencia de requisitos específicos.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Lo litigioso se ha expuesto en el anterior Fundamento de Derecho Primero y la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia puede abordarse conjuntamente en sus dos aspectos: qué límites son exigibles a los acuerdos que celebre una Administración con sus funcionarios y sus representantes para ejercer el derecho a la carrera

profesional y, en particular, hasta qué punto en las pruebas de promoción interna vertical cabe un trato diferenciado pero compatible con los artículos 23.2 y 14 de la Constitución.

2. Precisada así la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, decimos lo siguiente:

1º La relación funcional es estatutaria, esto es, regulada normativamente tal y como prevé el artículo 103.3 de la Constitución en relación con el artículo 9.1 del EBEP. Esa naturaleza normativa o estatutaria contrasta con la regulación de la relación laboral, en cuyo sistema de fuentes sí se insertan expresamente los acuerdos entre trabajador y empleador, ya sean individuales o colectivos (cfr. artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 272015, de 23 de octubre).

2º A partir de la ratificación por España de los Convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo de 1978 y 1981 respectivamente, más con la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y, en fin, con el vigente EBEP, se incorporan al ámbito funcional institutos propios de las relaciones laborales. Es el caso de la negociación colectiva o el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo (cfr. artículo 15 del EBEP), lo que se predica de todo el empleo público y no sólo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

3º A estos efectos el artículo 31.2 del EBEP entiende por negociación colectiva el derecho de los empleados públicos, ejercido colectivamente, para negociar la determinación de sus condiciones de trabajo; ahora bien, al incidir tal instrumento en una relación de servicios de naturaleza estatutaria, como es la relación funcional, tal derecho debe ejercerse con sometimiento al principio de legalidad (cfr. artículo 33.1 en relación con el artículo 37.1 del EBEP).

4º Dentro del listado de las materias susceptibles de negociación que relaciona el artículo 37.1 del EBEP, su apartado c) prevé que serán negociables “las normas” que fijen los criterios generales en materia de carrera, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, lo que implica una especialidad de la participación dentro del procedimiento de elaboración normativa en general. La referencia a los planes e instrumentos de planificación como materia negociable alcanza a la promoción profesional [cfr. artículo 69.2.d) del EBEP], lo que, a su vez, concreta el apartado e) que prevé como materia de negociación *«la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional»*.

5º A estos efectos, uno de los principios de ordenación del empleo público es el de carrera profesional en sus distintas modalidades (carrera horizontal y vertical, promoción interna horizontal y vertical). La carrera profesional es un derecho individual del funcionario [cfr. artículo 14.c) del EBEP] y en lo que ahora interesa, la promoción interna horizontal y vertical debe incentivarse (artículo 18.4 del EBEP).

6º La carrera tanto horizontal como vertical atiende al estatus concreto del funcionario: si es horizontal consiste en la progresión de grado, categoría o escalón y si es la carrera vertical implica el ascenso dentro de los puestos en que se estructura el empleo público a través de los sistemas de provisión de puestos de trabajo. Pues bien la promoción interna tanto la horizontal como la vertical se basa en la figura del cuerpo o escala clasificados según los distintos grupos y subgrupos de clasificación: la promoción interna horizontal implica “acceder” a cuerpos o escalas dentro del mismo Subgrupo profesional, mientras que la promoción interna vertical -caso de autos- implica “ascender” desde un cuerpo o escala inferior a otro superior.

7º Como se dijo antes, las condiciones para el ejercicio del derecho a la carrera profesional en sus distintas modalidades son negociables con los

representantes de los funcionarios y esas condiciones son las que constituyen la “determinación concreta” a la que se refiere el artículo 37.1.e) del EBEP.

8º Tratándose de la promoción interna -y que supone un cambio de cuerpo o escala- esa determinación concreta de las condiciones para su ejercicio, que es lo negociable, debe ajustarse a los límites que prevé el EBEP: que se efectúe mediante un proceso selectivo, que se ajuste a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad más los del artículo 55.2 del EBEP (artículo 18.1 del EBEP); que se ostente la titulación exigible para el ingreso al cuerpo o escala al que se promociona y antigüedad de al menos dos años desde el que se promociona. A esos límites se añade lo que prevean las leyes de la Función Pública sobre los sistemas de promoción interna (cfr. artículo 18.2 y 3 del EBEP), en este caso, el artículo 71 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

3. A los efectos de la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (artículo 93.1 de la LJCA) cabe concluir lo siguiente:

1º Cada Administración, ejerciendo su potestad de autoorganización, puede negociar la determinación de las condiciones para ordenar los procesos selectivos para la promoción interna vertical mediante los que sus funcionarios ejercitan el derecho individual a la carrera profesional. Tal negociación debe desarrollarse dentro de los límites normativamente exigidos y sobre la base de la normativa que regula y estructura el empleo público.

2º Dentro de las modalidades de ejercicio del derecho a la carrera profesional, si se trata de promoción interna vertical, las pruebas selectivas deben basarse en la idea de cuerpo o escala en cuanto que implica la posibilidad de ascender de los inferiores a los superiores.

3º Los criterios de admisión a dichas pruebas son los normativamente previstos en el EBEP: exigencias de titulación, antigüedad en el cuerpo o escala de procedencia, más lo que puedan precisar las normas de desarrollo

de la legislación básica; y, con arreglo a todo ello, lo que pudiera determinarse mediante negociación, siempre y en todo caso que el proceso selectivo quede sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

4º Dentro de esos límites y ejerciendo las potestades ligadas a la ordenación del empleo público y, dentro del mismo, la gestión del derecho funcional a la carrera profesional, cabe diseñar tales procesos selectivos atendiendo a las concretas situaciones de cada Administración y dentro de las mismas, a la de los distintos cuerpos o escalas, pero siempre con respeto a los principios antes citados.

QUINTO.- APLICACIÓN AL CASO Y DESESTIMACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN.

1. La sentencia impugnada es coherente con lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho. Por lo pronto, no cabe sostener, como hacen los recurrentes, que infrinja los principios de autonomía universitaria o de autoorganización administrativa, infracciones que los recurrentes alegan por el mero hecho de anularse los actos impugnados. Y es cuestión pacífica en este pleito que se hayan clasificado en la relación de puestos de trabajo, puestos de provisión indistinta para dos grupos o subgrupos de clasificación.

2. Añádase que la sentencia impugnada no niega que sean objeto de negociación los términos del proceso de promoción interna vertical luego, en línea con lo antes expuesto, no cabe sostener de nuevo que la sentencia, por ser anulatoria, desconozca la figura y función de la negociación en ese aspecto de la relación funcional. No se discute así que por acuerdo de 9 de marzo de 2004 se pactase un plan de promoción profesional, ahora bien, la fuerza vinculante de ese acuerdo respecto de lo litigioso en casación es limitada pues no podía contemplar la posterior reforma de la relación de puestos de trabajo y que supuso la creación de puestos clasificados como A2/C1.

3. Son también ajustadas a Derecho las consideraciones que la sentencia impugnada hace sobre el ejercicio del derecho a la promoción interna vertical y que dependa no de la situación concreta de funcionarios -también concretos- por razón de la plaza que ocupen en la relación de puestos de trabajo, ni por razón del nivel de complemento asignado. Esto le lleva a sostener que a lo que hay que estar en la promoción interna vertical es a la pertenencia a grupos o subgrupos de clasificación, tanto de origen como de destino, luego a las exigencias para el acceso a cada cuerpo o escala.

4. La sentencia impugnada ciñe su *ratio decidendi* a que, en el caso de autos, constituye un trato diferenciador -léase discriminatorio- carente de justificación que se limite la posibilidad de promoción interna vertical al subgrupo A2 sólo a los funcionarios del subgrupo C1 que vieron sus plazas clasificadas como A2/C1 en la relación de puestos de trabajo posterior al acuerdo de 9 de marzo de 2004, excluyendo a los restantes funcionarios del subgrupo C1. Esa falta de justificación es sustantiva o de fondo, de ahí que la sentencia pueda afirmar sin contradicción que sí hay una motivación formal en los actos atacados.

5. De esta manera la sentencia concluye, con acierto, que la limitación litigiosa es discriminatoria y en puridad no puede ampararse en el acuerdo de 9 de marzo de 2004 por la razón ya dicha. Y concluye con lógica que más que unas pruebas de promoción interna vertical, se está ante un proceso de consolidación en el puesto de concretos funcionarios del subgrupo C1 que tras la nueva relación de puestos de trabajo ya ocupan plazas de asignación indistinta a funcionarios del subgrupo A2 y C1. Tal realidad colisiona con la idea de generalidad que se predica de la promoción profesional interna vertical.

6. De esta manera no se advierte una razón extraordinaria o excepcional que justifique la limitación litigiosa y menos cabe tener como justificación el acuerdo de 2004 que no podía contemplar la clasificación de puestos “barrados”. Esto lo confirma -dice la sentencia impugnada- que superasen la prueba todos aquellos que ocupaban esos puestos “barrados”, realidad que no

se cohonesta con la idea de un proceso selectivo competitivo sujeto a criterios de igualdad, mérito y capacidad.

7. También hay que añadir que la discrepancia de la sentencia impugnada con la valoración de la prueba que hace la sentencia de primera instancia, queda fuera de este juicio casacional, lo que afecta, por ejemplo, a lo que alegan los recurrentes acerca de que sólo los beneficiados por la convocatoria tenían puestos con complementos 20/22, frente a lo que la sentencia impugnada tiene por probado en el sentido de que los niveles exigibles para ocupar puestos A2 van de 16 al 26 y que hay funcionarios C1 excluidos que ocupan puestos con nivel 20.

8. Respecto de la doble promoción a la que, según los recurrentes, conduce la sentencia impugnada en favor de los ahora recurridos o de alguno de ellos, bien podría haberse retomado el plan pactado de 2004 y dirigir la convocatoria sólo -y, a la vez, de manera indistinta- a los funcionarios del subgrupo C1 para los que no hubo convocatoria de pruebas de promoción con arreglo a ese plan por suspenderse su ejecución con exclusión de los que promocionaron del antiguo grupo D al C, pero respecto de tal posibilidad hay que estar al hecho que se declara probado en el anterior Fundamento de Derecho Segundo.2.4º.

9. La diferencia de trato litigiosa no queda justificada en la estricta ejecución de ese plan, de ahí que la sentencia concluya que se trata de un proceso de consolidación encubierto que, bajo la apariencia de una prueba general y objetiva de promoción, da preferencia a un dato como es el puesto ocupado y al nivel a él asignado, lo que acaba beneficiando a unos concretos funcionarios en perjuicio de otros en su misma situación estatutaria.

SIXTO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

2. En cuanto a las de la apelación nada se resuelve al confirmarse la sentencia impugnada (artículo 93.4 de la LJCA).

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia, se desestiman los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la **UNIVERSIDAD DE BURGOS** y por la representación de _____ y demás funcionarios relacionados en el encabezamiento de esta sentencia, contra la sentencia de 21 de enero de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en el recurso de apelación 58/2018, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
BURGOS**

NOTIFICADO 05.11.2021

SENTENCIA: 00215/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
AVDA. REYES CATOLICOS 51B PLANTA 5, (EDIFICIO NUEVOS JUZGADOS)
Teléfono: 947284055 **Fax:** 947284056
N.I.G: 09059 45 3 2020 0000645
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000236 /2020 /
Sobre: ADMINISTRACION INSTITUCIONAL Y CORPORATIVA
De D/D^a:
Abogado:
Contra D./D^a UNIVERSIDAD DE BURGOS,
Abogado: ,
Procurador D./D^a

SENTENCIA N° 215

En BURGOS, a cuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos por el **ILMO. SR.** ,
Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°
2 de Burgos; los presentes Autos de Recurso Contencioso-
Administrativo seguido por Procedimiento Abreviado **N° 236/2020**,
instados por el letradoen nombre y representación de
y como demandado la **UNIVERSIDAD DE BURGOS** representada por el
Procurador y defendido por sus Servicios Jurídicos
y como parte codemandada representado por la
Procuradora y defendida por al letrado, sobre
personal. La cuantía es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por asistida del letrado se presentó escrito de
interposición de recurso el 1 de diciembre de 2020 contra la
resolución de 28 de septiembre de 2020 dictada por el
Rector de la Universidad de Burgos, por la que se
desestima la reclamación previa formulada por la demandante
contra la resolución de 24 de julio de 2020 de la

Comisión de Selección en el Concurso Específico de Méritos para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Servicio de Estudiantes y Extensión Universitaria de la UNIVERSIDAD DE BURGOS y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia estimando íntegramente el recurso interpuesto para que se revoque, anule y deje sin efecto la resolución de 28 de septiembre de 2020 dictada por el Rector de la Universidad de Burgos, por la que se desestima la reclamación previa formulada por la demandante contra la resolución de 24 de julio de 2020 de la Comisión de Selección en el

Concurso Específico de Méritos para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Servicio de Estudiantes y Extensión Universitaria de la UNIVERSIDAD DE BURGOS, debiendo en consecuencia, suprimir el punto otorgado a por pertenecer a la Comisión de Profesorado y, como consecuencia de la anterior declaración, se determine nuevamente la resolución del concurso específico de méritos para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Servicio de Estudiantes y Extensión Universitaria de la Universidad de Burgos con la correcta puntuación, así como lo que proceda en su consecuencia. Todo ello con imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a quienes se opusieron a la demanda.

SEGUNDO.- Por resolución de fecha 22 de febrero de 2021 , se tuvo por interpuesto Recurso contencioso-administrativo, acordando su tramitación conforme a lo dispuesto por el procedimiento abreviado, señalando día para la oportuna vista y recabando de la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente.

TERCERO.- En fecha 2 de noviembre de 2021 , tuvo lugar la celebración de la vista que venía señalada, con la asistencia de los letrados de las partes ratificándose el recurrente en su escrito de demanda y oponiéndose las demandadas por las alegaciones que hicieron constar y quedaron reflejadas en el acta que al efecto se levantó.

CUARTO.- En el presente recurso se han observado todas las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento abreviado la resolución de 28 de septiembre de 2020 dictada por el Rector de la Universidad de Burgos, por la que se desestima la reclamación previa formulada por la demandante contra la resolución de 24 de julio de 2020 de la Comisión de Selección en el Concurso Específico de Méritos para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Servicio de Estudiantes y Extensión Universitaria de la UNIVERSIDAD DE BURGOS.

SEGUNDO.- Se sostiene en el recurso la disconformidad a derecho de la resolución dictada mostrando su discrepancia en cuanto a la aplicación de los criterios de valoración y, en concreto por entender que, en relación al criterio 3.c) del Anexo I del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Universidad de Burgos, se ha aplicado erróneamente en el presente supuesto al otorgar la valoración al adjudicatario por formar parte de la Comisión del profesorado pues se consideraba que su pertenencia a esta comisión no cumplía con los requisitos de dicho precepto y con los criterios que por la Universidad se viene aplicando al efecto.

A ello se opone la Universidad de Burgos y codemandado personado en la medida que entienden ajustado a derecho el acto administrativo y correcta la asignación de un punto efectuada al considerar que la Comisión de valoración ha actuado dentro del ámbito de discrecionalidad que le es propia y justificando adecuadamente la decisión adoptada, en particular, en la medida que la Comisión de profesorado es un órgano colegiado e integrado dentro del Consejo de Gobierno de la Universidad de Burgos y no siendo la función de secretario de esa Comisión (extremo este valorado al adjudicatario) algo ligado o vinculado a puesto de trabajo alguno sino que es fruto de la previa designación por el gerente a propuesta del presidente de la Comisión correspondiente. Junto a ello por el

codemandado se opone que el actor no impugnó previamente en vía administrativa la decisión adoptada en su momento por la Comisión de valoración sobre la atribución del punto controvertido al adjudicatario, lo que entiende le impide la impugnación que ahora nos ocupa.

TERCERO.- Son antecedentes precisos para el conocimiento de la litis el que por resolución de 22 de noviembre de la Universidad de Burgos se convoca concurso específico de méritos para provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Universidad y, entre dichos puestos ofertados, se encontraba el de Jefe de servicio de estudiantes y extensión universitaria, puesto este al que, junto a otros aspirantes, concurrió la aquí recurrente.

Este concurso se regía por el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Universidad de Burgos de 12 de junio de 2018 (Bocyl de 30 de julio de 2018). Los méritos a computar en este concurso son los así recogidos en el anexo I de dicho reglamento (base 2. 2.1 de la convocatoria) y la controversia surge en concreto en relación al punto 3.C referido a *"experiencia en la mejora en la gestión"* en la medida que entiende la actora que el punto otorgado al aspirante finalmente elegido (Sr.) por pertenencia a la Comisión de profesorado es indebida. Cuando así fue cuestionado en vía administrativa la Comisión de valoración mantuvo su decisión y expuesto que conforme al art.

17.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Gobierno de la Universidad de Burgos de 2004 las Comisiones permanentes, entre ellas la Comisión de profesorado, dependientes del Consejo de Gobierno están constituidas entre otros por 1 miembro del personal de administración y servicios sin especificar ni la categoría ni el servicio/unidad de pertenencia del citado personal y entendía que quedaba claro que la participación del Sr.en la Comisión del profesorado se ha producido mediante nombramiento voluntario y no por venir aparejado a su puesto de trabajo. En la resolución dictada en vía de recurso se mantiene esa misma argumentación insistiendo en que la participación en la Comisión de profesorado del codemandado no es por el puesto de trabajo que ocupa ya que en el Reglamento de organización no se atribuye esa pertenencia a un concreto y

determinado puesto de trabajo, sino que se refiere de forma inespecífica a cualquier miembro del Personal de Administración y servicios siendo la propuesta que en tal sentido realice el gerente algo que puede ser aceptada o rechazada por el interesado por lo que existe un componente de voluntariedad en la participación como miembro de la Comisión de profesorado.

Por resolución de 20 de julio de 2018, del Rectorado de la Universidad de Burgos se ordena la publicación del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Universidad de Burgos (Bocyl de 30 de julio de 2018). En el anexo de dicho reglamento y, en el anexo I apartado 3.c se recoge lo siguiente:

"c) Actividades de mejora de la gestión, reconocimientos formales y actividades acreditadas en órganos de representación y de gestión. Se valorarán con un máximo de 4 puntos todas las actividades incluidas en este epígrafe siempre que hayan sido realizadas y acreditadas en los 10 años anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes para el concurso.

-- Actividades de mejora de la gestión (máximo 2 puntos). Se valorará la participación en grupos de trabajo relacionados con la gestión de la calidad de los servicios u otros grupos de trabajo de colaboración con los distintos proyectos de excelencia o de otro tipo, formalmente reconocidos por la gerencia (según el número de participaciones, responsabilidad asumida u otros criterios que fije la comisión de valoración).

-- Reconocimientos formales (máximo de 1 punto). Se valorarán los premios y otros reconocimientos formales, en función de su entidad.

*-- **Participación en órganos de representación del personal y órganos colegiados de la Universidad** (máximo 1 punto)."*

Se ha acreditado por la actora que, en aplicación de ese anexo, se ha fijado como criterio el que "Se valorará la participación en órganos colegiados de los que se forme parte voluntariamente y por haber resultado electo (Claustro, Consejo social, Consejo de Gobierno, Junta de personal y Junta de Facultad). Por tanto no se valora la participación en órganos colegiados que se participa por razón del puesto de

trabajo". La propia comisión de valoración que aquí nos ocupa ha asumido igualmente ese criterio y así se desprende de lo reseñado en la página 8 de la resolución aquí impugnada (Resolución del Rector de 28 de septiembre de 2020) y de lo contenido en el Acta segunda de la Comisión (documento seis del expediente).

No se especifica por la parte qué concreta decisión administrativa haya aprobado los criterios interpretativos o complementarios que aporta como documento siete de su demanda y lo que así consta es un documento, sin fecha ni firma, que se desconoce su aprobación oficial. Quiere decirse con ello que, por un lado, los criterios de valoración y baremo a aplicar no pueden ser otros sino el que así se fijan en las respectivas convocatorias y que constan se han aprobado en el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Universidad de Burgos y, si bien efectivamente la Comisión de valoración tiene un margen en la interpretación de los términos del baremo (inherente al ejercicio de su discrecionalidad técnica) no puede alterar los términos del anexo que fija los méritos a evaluar, esto es, no puede ni ampliar lo que en él se recoja para extenderlo a supuestos que no se contemplen ni tampoco introducir elementos restrictivos que impidan que, lo que a priori tuviera encaje en el baremo, no pueda ser tenido en cuenta.

CUARTO.- Sentado lo anterior, y analizadas las alegaciones de las partes, se considera que aun cuando efectivamente la cuestión pudiera estar sujeta a interpretaciones en uno u otro sentido y que, de hecho, la propia Comisión también asume el criterio antes expresado y que se recoge en el documento 7 aportado con la demanda, se considera que el recurso debe verse rechazado y ello porque en primer lugar, el hecho de ser miembro de la Comisión de profesorado por parte del adjudicatario no venía ligada a su puesto de trabajo, es decir, no era una condición de "miembro nato" de esa comisión de profesorado por el hecho de ostentar un determinado puesto de trabajo, en este caso el del recurrente, sino que esa condición de miembro de la Comisión de profesorado venía precedida de una primera propuesta de designación por el Presidente de la Comisión y posterior nombramiento por el Gerente. En segundo lugar, y a colación de lo que la parte

codemandada ha expuesto, y aun cuando por la comisión de valoración que aquí nos ocupa se asume el referido criterio en el que se apoya la parte en el documento 7 de la demanda (solo valorar la participación en órganos colegiados en caso de haber sido electo y participar de forma voluntaria) lo cierto es que, en realidad, está de facto introduciendo en la valoración unos requisitos que no formaban parte de la convocatoria y del baremo en el que se apoya (base 2.2.1 de la convocatoria que remite al Anexo I del Reglamento) y, en este sentido, es lo cierto que esos criterios de valoración no consta su aprobación formal en acto administrativo alguno que así lo acredite ni tampoco constan como baremo que fuera aplicable en la convocatoria y por tanto, no podría la Comisión por vía de interpretación del baremo introducir unos requisitos (elección y participación voluntaria) que no se incluían en el baremo y, aun tomando en cuenta el campo de discrecionalidad en el ejercicio de su valoración e interpretación del baremo, no puede introducir requisitos que no están en las bases de la convocatoria (en este caso ser nombrado por elección y participación voluntaria), por lo que, atendiendo al baremo y valorando este como mérito la participación en órgano colegiado (esa era la redacción del correspondiente apartado de la letra c) del apartado 3 del anexo I) se considera que el adjudicatario cumplía ese requisito y no podría la Comisión "reelaborar" el baremo o darle una redacción distinta al mismo. En tercer lugar, y como ya se ha expuesto, lo que el baremo de la convocatoria dispone es la valoración de participación en órganos colegiados de la Universidad y, lo cierto es que la Comisión de profesorado viene configurada como un órgano colegiado de la Universidad de Burgos de acuerdo al art. 15.2 de su reglamento de organización y funcionamiento y la condición de Secretario de esa Comisión por parte del aquí codemandado es algo en realidad no controvertido y, en cuarto lugar aun cuando ya lo anterior conduce al rechazo del recurso, pues el baremo únicamente exige ser miembro de órgano colegiado de la Universidad y ese requisito lo cumple el actor, lo cierto es que su integración en dicho órgano no obedece en absoluto a algo ligado a su puesto de trabajo (el art. 17.3 del reglamento no establece tal previsión) sino que es preciso su designación primero por la propuesta del Presidente de la Comisión y resolución posterior del gerente , designación esta que puede no ser aceptada por el interesado y renunciando a

ese puesto (no es una función ligada a su puesto de trabajo como ya se expuso). Aun cuando ya se ha indicado que solo muy dudosamente cabría entender vinculante los criterios de valoración que se explicitan en el documento 7 de la demanda (ya se señaló que no constaba su aprobación oficial alguna y que no están en el baremo de la convocatoria) lo cierto es que aun cuando se acudiera a sus términos resulta que del tenor de su redacción se estima es claro que cuando se incluye el término "voluntariamente" y por resultar "electo" lo viene a contraponer "de facto" a los casos en que se tratase de miembro nato o ligado a un determinado puesto y así después de fijar dichos requisitos se dice **"Por tanto, no se valora la participación en órganos colegiados que se participa por razón del puesto de trabajo"** y, en este caso, como ya se ha expuesto, esa circunstancia de ser miembro de la Comisión de profesorado no venía ligada a un puesto de trabajo predeterminado.

En definitiva, el punto otorgado al adjudicatario tenía amparo en la redacción del baremo que resultaba aplicable a la convocatoria y, aun cuando se acuda a los criterios que constan en el documento 7 aportado con la demanda, visto lo que antecede y que venía en realidad a excluirse de valoración aquellos supuestos en que la participación en órgano colegiado fuera en condición de miembro nato y que esa circunstancia no concurría en el adjudicatario, el punto que se le otorgó sería igualmente correcto.

Finalmente, puntualizar que no puede ser aceptado el óbice planteado por la codemandada en relación a que la parte demandante no hubiera recurrido en alzada la previa decisión de la Comisión que rechazaba la impugnación en relación a la atribución del punto controvertido pues lo cierto es que la parte ha impugnado el acto que pone fin al proceso selectivo y que, en definitiva, venía a agotar la vía administrativa sin que sea razonable y proporcionado introducir una carga adicional que implicase tuviera que ir agotando la vía administrativa e impugnando cada uno de los actos trámite que en el curso de ese proceso selectivo se vaya dictando.

QUINTO.- Como consecuencia de cuanto antecede procede se dicte una sentencia desestimatoria de las pretensiones instadas por la parte recurrente, y sin imposición de costas al considerar han concurrido al respecto razonables discrepancias

interpretativas en relación al valor a otorgar a los criterios de valoración aportados por la recurrente con su escrito y a su concreta aplicación al presente caso, todo lo cual se estima hace procedente la no imposición de costas.

FALLO

Desestimar el presente recurso contencioso administrativo presentado por contra la resolución de 28 de septiembre de 2020 dictada por el Rector de la Universidad de Burgos, por la que se desestima la reclamación previa formulada por la demandante contra la resolución de 24 de julio de 2020 de la Comisión de Selección en el Concurso Específico de Méritos para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Servicio de Estudiantes y Extensión Universitaria de la Universidad de Burgos. Sin imposición de costas.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de los 15 días siguientes a su notificación a las partes.

Así lo acuerda, manda y firma, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número dos de Burgos

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
BURGOS**

SENTENCIA: 00068/2021

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600

AVDA. REYES CATOLICOS 51B PLANTA 5, (EDIFICIO NUEVOS JUZGADOS)

Teléfono: 947284055 Fax: 947284056

N.I.G: 09059 45 3 2019 0000598

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000062 /2019 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: [REDACTED]

Abogado:

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª PATRONATO DE LA ESCUELA UVIVERSITARIA NO ESTATAL DE RELACIONES LABORALES BURGOS,
UNIVERSIDAD DE BURGOS UBU

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO,

Procurador D./Dª

S E N T E N C I A N º 68

ORGANO: JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N º 2 DE BURGOS

MAGISTRADO JUEZ QUE LA DICTA:

En Burgos, a veintinueve de marzo de dos mil veintiuno.

DEMANDANTE: . Esta parte, según se ha acreditado en el momento procesal oportuno, está representada en este procedimiento por el Procurador de los Tribunales y defendida por el Letrado en ejercicio

ADMINISTRACIÓN DEMANDADA: ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES DE BURGOS, que está representada por el Procurador de los Tribunales y defendida, por su dependencia del Ayuntamiento de Burgos, por el Señor Letrado de los servicios jurídicos de dicho Ayuntamiento.

OTRAS PARTES: Se ha personado como parte demandada **LA UNIVERSIDAD DE BURGOS**, representada por el Procurador de los Tribunales y defendida por la Señora Letrada adscrita a sus servicios jurídicos.

ACTUACIÓN RECURRIDA: Acuerdos adoptados por el Consejo del Patronato de la Escuela Universitaria no Estatal de Relaciones Laborales de Burgos en la sesión celebrada el día 30 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Turnado a este Juzgado el escrito interponiendo el recurso contencioso-administrativo contra la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia, se dictó providencia admitiéndolo a trámite, solicitando el expediente administrativo y mandando emplazar a las partes y al resto de los posibles interesados.

SEGUNDO.- Personadas las partes, en el plazo señalado al efecto, han presentado los escritos de demanda y de contestación a la misma en los que se recogen las pretensiones que cada una sostiene en relación con la actuación objeto de recurso y los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoyan.

Teniendo en cuenta las reglas para determinar la cuantía del recurso, previstas en los artículos 40 a 42 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ésta se fijó como indeterminada.

Existiendo discrepancia sobre determinados hechos se han practicado las pruebas propuestas por las partes y admitidas por este Juzgado con el resultado que consta en los autos.

Terminada la práctica de las pruebas cada parte ha formulado conclusiones valorando el resultado de las pruebas practicadas en relación con el asunto que se enjuicia y pretensiones que sobre el mismo ejercen.

TERCERO.- Los presentes autos se han tramitado por **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** habiéndose cumplido lo dispuesto en la LJCA y demás disposiciones complementarias y concordantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto que se enjuicia corresponde al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo por aplicación de lo

dispuesto en el artículo 1 de la LJCA siendo competente para su conocimiento este Juzgado conforme se dispone en el artículo 8,1 en relación con el artículo 14 de la misma.

SEGUNDO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la actuación indicada en el encabezamiento de esta sentencia por la que en el orden del día de la sesión del Consejo del Patronato de la Escuela celebrada el día 30 de mayo de 2019 referido a "Situación de la Escuela. Posibles acuerdos a adoptar" se aprueba, en lo que tiene incidencia con el presente recurso por ser objeto del mismo, lo siguiente:

1º Ante la petición del representante de la Universidad de Burgos de autorización por este Patronato para impartir, en los cursos primero, segundo y tercero, el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos en la Facultad de Derecho de la misma, es votada y aceptada dicha autorización por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante, que vota en consta dejando constancia de ello.

2º Impartir la titulación del primer curso del Grado en la Escuela Universitaria Adscrita de Relaciones Laborales en caso de no ser impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, previa autorización oportuna. Este acuerdo es votado y aceptado por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante, que vota en consta dejando constancia de ello.

3º Iniciar el proceso de disolución del Patronato de la Escuela de forma diferida y progresiva, con el compromiso de garantizar las mejores condiciones a los trabajadores de la misma mediante la negociación del oportuno plan de empleo, que suponga medidas de recolocación y/o jubilación y otras negociaciones. Este acuerdo es votado y aceptado por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante, que vota en consta dejando constancia de ello.

Frente a la actuación anterior, la parte demandante pretende de este Juzgado que se dicte una sentencia por la que se estime el recurso interpuesto y, como consecuencia de ello, se declare su nulidad o, subsidiariamente, su anulabilidad con todas las consecuencias inherentes a ello. Con condena en costas.

La pretensión que se acaba de referir se fundamenta, dicho de manera resumida, en lo siguiente:

1º Los acuerdos adoptados no estaban, previamente, incluidos en el orden del día y, además, no han sido sometidos

a votación. Cita lo dispuesto en el artículo 17,4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

2º El Patronato no es competente para autorizar a la Universidad de Burgos a impartir el Grado de Relaciones Laborales. Se adopta el acuerdo referido sin que, previamente, se haya decidido lo correspondiente respecto al proceso de integración de la Escuela en la Universidad de Burgos ni respecto a la reanudación de ese proceso. Cita, en defensa de lo dicho, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 22 de enero de 2019.

3º La Escuela de Relaciones Laborales no puede limitarse a impartir únicamente el primer curso en cuanto que debe impartir todos los cursos del Grado.

4º El tercer acuerdo se ha adoptado sin cumplir el requisito de la unanimidad siendo, además, fraudulento en cuanto que la disolución es contraria a la obligación de gestionar la integración de la Escuela en la Universidad de Burgos.

La Administración demandada, es decir la Escuela Universitaria no Estatal de Relaciones Laborales de Burgos, solicita la inadmisión del recurso y, de manera subsidiaria, se opone a las pretensiones de la parte demandante instando de este Juzgado una sentencia desestimatoria de las mismas y, en consecuencia, confirmatoria de la actuación recurrida por considerarla ajustada a derecho apoyándose en las consideraciones que, de manera extractada, se van a señalar seguidamente:

1º El recuso debe inadmitirse por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45,2 d) de la LJCA y por falta de legitimación del demandante como delegado sindical debiendo tenerse en cuenta, además, que existe, atendiendo al contenido del escrito de demanda, falta de litisconsorcio pasivo necesario por no estar emplazadas ni haberse dirigido la demanda frente a otros sujetos diferentes al Ayuntamiento de Burgos (sic).

2º En cuanto al fondo, hace referencia a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de Burgos y de Valladolid, de fechas, respectivamente, 5 de octubre de 2018 (Rec. 99/2018), y 22 de enero de 2019.

3º Los asuntos están incluidos en el orden del día y fueron adecuadamente votados. El Señor Secretario refiere que el acuerdo o propuesta de acuerdo "fue aceptada y votada". En

ningún caso resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 17,4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, porque, según el artículo 15 de esa Ley, no es un órgano integrado en la organización administrativa del Ayuntamiento de Burgos.

4° El Patronato, según la sentencia de la Sala de Burgos dicha, es competente para autorizar a la Universidad de Burgos debiendo entenderse esa autorización en el sentido de que no se quiere ni pretende suplantar las funciones de la Consejería. En ningún caso el acuerdo es contrario a la integración de la Escuela en la Universidad de Burgos dado que la impartición de curso por la Universidad se hace sin perjuicio de la pervivencia del Patronato, que, efectuada la integración, debe llevar a cabo las actuaciones necesarias para la disolución y liquidación. Siendo esto así, los acuerdos adoptados en primer y segundo lugar son ajustados a derecho.

5° Respecto al acuerdo adoptado en tercer lugar, alega al formular conclusiones, al igual que lo ha hecho la Universidad de Burgos, pérdida sobrevenida del recurso dado que dicho acuerdo ha sido revocado y dejado sin efecto posteriormente habiéndose adoptado, en la sesión de 7 de septiembre de 2020, un nuevo acuerdo de solicitud de disolución dirigido al Ayuntamiento de Burgos. Con independencia de lo anterior, considera que el acuerdo es ajustado a derecho dado que la unanimidad solo es exigible para acordar la disolución resultando que ese no es el acuerdo adoptado, que se limita a iniciar el proceso de disolución añadiendo que no existe ningún fraude en que la disolución diferida en el tiempo sea fraudulenta.

La otra parte personada como demandada, es decir la Universidad de Burgos, solicita la inadmisión del recurso y, en su caso, su desestimación íntegra añadiendo que ha desaparecido el objeto del recurso respecto al acuerdo tercero de los recurridos. Esta posición de la Universidad se apoya en lo siguiente, expuesto de manera extractada:

1° El recurso debe inadmitirse por falta de legitimación del demandante en cuanto que no la tiene como delegado de personal ni tampoco por ser un órgano (forma parte de él) de la Administración demandada. Cita varias sentencias en defensa de lo alegado.

2° Hace una serie de puntualización sobre lo alegado en el escrito de demanda que pueden concretarse de la siguiente manera: no resulta aplicable la disposición transitoria primera del Real Decreto 1524/1986, de 13 de junio, sino la

disposición transitoria tercera del mismo; la adscripción corresponde acordarla a la Junta de Castilla y León resultando que la Universidad no ejerce ningún control sobre el Centro adscrito en cuanto que todo lo referido con ese control e inspección es competencia de la Junta de Castilla y León; no existe un acuerdo de integración sino una iniciación de negociaciones para decidir lo que corresponda resultando que no es obligada la integración, máxime si se tiene en cuenta que los mandatos de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1524/1986, de 13 de junio, ya se han cumplido; la Junta de Castilla y León, según comunicación de 28 de junio de 2019, ha decidido cerrar, de manera definitiva, cualquier proceso de integración de la Escuela Universitaria en la Universidad de Burgos insistiendo en que no existe ninguna obligación legal de llevar a cabo esa integración ni tampoco la misma puede tener apoyo en las sentencias

dictadas por las Salas de Burgos y de Valladolid que se refieren en el escrito de demanda.

3° Los acuerdos adoptados forman parte del orden del día y han sido votados debiendo tenerse en cuenta que no existe una regulación específica de cómo tienen que adoptarse los acuerdos. Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000 (Rec. Casa 2214/1994).

4° El primero de los acuerdos adoptados no invade competencias de la Junta de Castilla y León resultando que ese acuerdo se adopta atendiendo a lo dicho por la Sala de Burgos (fundamento de derecho séptimo de la sentencia 222/2018). La palabra "autorizar" debe entenderse en el contexto en el que se utiliza, que es, y eso significa, "ausencia de impedimentos". Desde luego ese acuerdo no es contrario a la obligación del Patronato de gestionar la integración no solo porque esa integración no es obligatoria sino también porque la integración es un fin no una obligación del Patronato.

5° El segundo de los acuerdos adoptados es ajustado a derecho debiendo tenerse en cuenta que el mismo forma parte del contenido del artículo 8, apartados a) y d), de los Estatutos.

6° Respecto al tercero de los acuerdos adoptados hay una pérdida sobrevinida del recurso siendo aplicable el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citando varias sentencias en ese sentido. En cualquier caso no es un acuerdo fraudulento ni exige, dado que no decide sino que sólo inicia, unanimidad.

TERCERO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones suscitadas por las partes y a la decisión que se adopte sobre cada una de ellas, se **considera necesario hacer las siguientes consideraciones:**

1ª La Escuela Universitaria, no Estatal, de Relaciones Laborales de Burgos (antes de Graduados Sociales), es, según sus estatutos, un organismo autónomo local de carácter administrativo constituido y dependiente del Ayuntamiento de Burgos, que tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Ayuntamiento. En los términos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, es sector público institucional al depender de una Administración Pública, concretamente la Local (Ayuntamiento de Burgos) pudiendo calificarse de una fundación pública regulada por la legislación de régimen local y no por la Ley de Fundaciones.

2ª El régimen jurídico que le es aplicable, en lo que ahora importa, es el previsto en sus estatutos siendo aplicable de manera supletoria la legislación común y la de régimen local.

3ª La Escuela Universitaria está adscrita a la Universidad de Burgos habiéndose suscrito un convenio con la referida Universidad, que está fechado el día 12 de enero de 2009, para su integración en la Universidad, que determinó la constitución de una Comisión de Integración, hecho ocurrido el día 3 de febrero de 2009. La integración no pudo llevarse a cabo porque la Junta de Castilla y León, en el momento de hacerlo, no la aprobó aunque no se descartó que en un futuro pudiera tener lugar. La Junta de Castilla y León, ante la comunicación hecha por la Universidad de Burgos sobre los acuerdos adoptados el día 30 de mayo de 2019, informa al Rector de la Universidad, en lo que ahora importa, que resulta inaplicable el encargo que se hace sobre el proceso de desascripción de la Escuela dado que la iniciativa corresponde a la Universidad aunque su aprobación corresponda a la Administración Autonómica a la vista de la documentación que se aporte, que irá orientada a garantizar los derechos de los estudiantes y demás obligaciones establecidas en la Ley. En este apartado hay que señalar que la Junta de Castilla y León, a través del escrito citado, no comunica "...el cierre definitivo de cualquier proceso de integración de la Escuela en la Universidad, que pudiera haberse iniciado anteriormente". Esa comunicación se la dirige la Universidad a la Junta respondiendo ésta última que, partiendo de que no existe constancia de la pendencia de ningún procedimiento y/o expediente en la Dirección General que requiera una resolución o acto de finalización, entendemos que tampoco es asunto de

nuestra competencia (de la de la Junta) por lo que "no debemos, en estos momentos, adoptar acuerdo alguno.

4ª La Universidad de Burgos tiene autorizado el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos habiéndose aprobado el Plan de Estudios correspondiente siendo, así lo hace constar la Universidad en el escrito de contestación a la demanda, un Grado de la Universidad de Burgos y no de la Escuela Universitaria adscrita, que imparte el título en virtud del convenio de Colaboración Académica suscrito en su día (abril de 1991) con la Universidad de Valladolid y en el que se subrogó la Universidad de Burgos. No consta que ese convenio se haya denunciado en lo que se refiere a su vigencia resultando que el mismo se prorroga tácitamente por un plazo de tres años por lo que, atendiendo a la última prórroga, estaría vigente hasta el día 1 de octubre de 2020.

5º Todas las partes hacen referencia a las sentencias dictadas por las Salas de Valladolid y de Burgos por lo que es necesario dejar constancia, aunque sea de manera resumida, de lo suscitado en esas sentencias y de lo decidido sobre ello.

La sentencia de la Sala de Burgos, que está fechada el día 5 de octubre de 2018, resuelve el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Burgos que inadmite el recurso interpuesto por falta de legitimación de los recurrentes frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, adoptado en la sesión celebrada el día 9 de junio de 2017, por el que se decide lo siguiente:

"Por todo esto, con el fin de que de forma progresiva deje de financiar el Ayuntamiento y la Diputación al Organismo Autónomo "Patronato Escuela Relaciones Laborales", el Pleno del Ayuntamiento adopta el siguiente pronunciamiento:

Primero.- Que el próximo curso académico 2017-2018, el primer curso de los estudios del título de "Graduado o Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos" no se imparta por el "Patronato Escuela Relaciones Laborales" y que se imparta directamente por la Universidad de Burgos. Asimismo, de forma progresiva, que deje de prestarse esta competencia no propia por el Organismo Autónomo "Patronato Escuela Relaciones Laborales".

Segundo.- La participación económica municipal en el referido Organismo Autónomo irá ajustándose proporcionalmente a la baja durante cuatro años a razón de un 25% cada año.

Tercero.- Comunicar este acuerdo al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León, al Director General de Universidades, al Rectorado de la Universidad de Burgos, al Decano de la Facultad de Derecho y al Director de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales para que esta última proceda a la adopción de cuantas resoluciones sean pertinentes para su estricto cumplimiento".

La Sala, en lo esencial, entiende que el recurso está indebidamente inadmitido y, en cuanto al fondo, decide que el

acuerdo impugnado es nulo, en lo que se refiere al ordinal 1º, por falta de competencia del Ayuntamiento para adoptarlo en cuanto que es al Consejo del Patronato

"al que corresponde la *"aprobación del Plan Anual de trabajos e iniciativas del Patronato"*, *"las modificaciones del Plan propuesto y del presupuesto aprobado"* y *"cualquier otro asunto de cualificado y especial interés que exija el desenvolvimiento del Patronato"* (art. 8.a), d) y g) de los Estatutos, comprendiéndose lógicamente dentro de esta competencia lo acordado y resuelto en el apartado primero del Acuerdo impugnado relativo a que se deje de impartir en la Escuela de Relaciones Laborales de la que es titular mencionado Patronato el primer curso de los estudios del título de "Graduado o Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos". Es decir que para que en dicha Escuela se dejara de impartir el curso académico 2017/2018 ese primer curso de mencionado Grado, era necesario que previamente así lo hubiera acordado el Consejo Rector del citado Patronato. Y en el presente caso mencionado pronunciamiento lo acuerda el Pleno del Ayuntamiento, y en vez de que el Ayuntamiento remita dicho Acuerdo al Consejo del Patronato como órgano de Gobierno del Patronato con competencia en dicha materia para que adopte en su seno como entidad como personalidad jurídica propia e independiente lo que considere, sin embargo referido Ayuntamiento, no conformándose con adoptar dicho pronunciamiento también acuerda en su pronunciamiento tercero lo siguiente:

"Comunicar este acuerdo al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León, al Director General de Universidades, al Rectorado de la Universidad de Burgos, al Decano de la Facultad de Derecho y al Director de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales para que esta última proceda a la adopción de cuantas resoluciones sean pertinentes para su estricto cumplimiento".

La Sala rechaza que el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento, en sus distintos apartados, incumpla la obligación de integrar la Escuela Universitaria en la Universidad de Burgos señalando, una vez que refiere la posición de las partes y los antecedentes que tiene en cuenta, lo siguiente:

"A la vista de dicho relato, considera la Sala que el Acuerdo impugnado no infringe mencionada obligación de integración, y ello es así simple y llanamente porque resolver sobre esa obligación de integración en los términos referidos por la parte apelante no le corresponde al Ayuntamiento de Burgos, y si a la Universidad de Burgos y a la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León. Y si no correspondía al Ayuntamiento de Burgos verificar dicha integración, tampoco puede incumplir dicho fin con el contenido del acuerdo adoptado. En todo caso y pese a no ser su obligación si resulta de las actuaciones que dicha Corporación Local también llevó a cabo gestiones al efecto pero que no han tenido éxito, si bien su Acuerdo si ha tenido el resultando, sino de la integración, si la consecuencia de que el Grado de Relaciones Laborales y Derechos y Recursos Humanos haya comenzado a impartirse en su primer curso durante el curso académico 2017/2018, dejándose de impartir ese primer curso durante ese año académico en la citada Escuela de Relaciones Laborales. También resulta del relato expuesto que a quien deben exigir esa obligación de integración los aquí recurrentes es sobre todo a la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León y a la propia Universidad de Burgos".

La Sala de Valladolid, en la sentencia fechada el día 22 de enero de 2019 (Rec. 585/2017), enjuicia la legalidad de la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León de 26 de junio de 2017 por la que se resuelve la solicitud de la Universidad de Burgos de modificación del Plan de Estudios conducente a la obtención del Título de Grado en

Relaciones Laborales y Recursos Humanos. La Universidad de Burgos había presentado solicitud para modificar el referido Plan de Estudios en lo que se refiere al lugar de impartición del título (se dejaba de impartir en la Escuela y pasaba a impartirse en la Facultad de Derecho), actividades complementarias de apoyo e integración de los nuevos estudiantes, personal académico del nuevo centro en el que se impartirá el Título, recursos materiales y servicios del nuevo centro y Sistema de Garantía Interna de Calidad de ese nuevo centro. La Orden impugnada, en lo que interesa, autorizó el cambio de centro solicitado. El recurso lo interponen varias personas, trabajadoras de la Escuela, y cuestionan su legalidad atendiendo, en lo esencial, a que la Escuela debe integrarse en la Universidad de Burgos y para ello se ha constituido una Comisión y que la Universidad de Burgos incumple una condición impuesta por la propia Universidad, que se concreta en que "el cambio de lugar en el que se imparta el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos se haga efectivo cuando el Patronato acuerde que se deje de impartir en la referida Escuela". La Sala, tras rechazar la falta de legitimación alegada, entiende, en lo esencial y considerando lo decidido por la Sala de Burgos en la sentencia ya referida, que la modificación del lugar en los términos solicitados y acordados no se ajusta a derecho atendiendo a que: (1) hay una previsión de que la Escuela se integre en la Universidad de Burgos siendo ello una función del Patronato según los Estatutos (gestionar la integración de la Escuela en la Universidad de Valladolid, ahora de Burgos) y así se ha hecho o se ha comenzado a hacer siendo la Administración (la Junta) la que ha dado inicio a ese proceso de integración "de conformidad con los estatutos del Patronato, habiéndose dictado los oportunos actos al efecto, que desde luego le vinculan, sin que conste que ese procedimiento haya sido dejado sin efecto (artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común equivalentes a los actuales 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); y (2) se incumple la condición alegada por las partes demandantes (no puede haber dos centros en la misma Ciudad (Burgos) impartiendo la misma titulación) en cuanto que, abundando esa circunstancia en lo ya dicho,

"Por otro lado, esta situación va a suponer de hecho la desaparición de la Escuela obviándose el propio procedimiento de integración que la Administración inició, ya que, en lugar de proceder a ello, autoriza que el grado se imparta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.

Nos parece oportuno recordar aquí que la *Sentencia de 5 de octubre de 2018 de la Sala de Burgos de este Tribunal*, ya referida, que argumenta al final de la

página 24 que es el Patronato quien tiene competencia para acordar que en el curso 2017/2018 se deje de impartir el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

A partir de tal razonamiento y abundando en lo que ya hemos dicho consideramos que no es posible que la Administración adopte una decisión como la recurrida que incide de manera directa en la impartición del grado en la Escuela Universitaria, sin tener en cuenta las competencias del Patronato, sin tener en cuenta la propia existencia de la Escuela y sin tener en cuenta en definitiva el propio proceso de integración ya iniciado”.

CUARTO.- Procede abordar **las causas de inadmisión planteadas por las partes demandadas** a las que, atendiendo a lo manifestado en el escrito de conclusiones, se opone la parte demandante.

Entiende la representación procesal de la Escuela que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 45,2 d) de la LJCA en cuanto que el demandante es representante de los trabajadores y delegado por UGT no constando el acuerdo de recurrir adoptado por el órgano competente de este Sindicato.

Esta causa de inadmisión del recurso debe rechazarse. El recurso no lo interpone UGT ni ninguna persona en representación de la misma. El recurso lo interpone y lo hace, según se indica en el apartado referido a “legitimación activa y pasiva” del escrito de demanda, por ser miembro del Patronato a lo que hay que añadir, y así lo dice en el hecho primero del escrito de demanda, que es delegado de personal representante de los trabajadores que prestan servicios en la Escuela. Siendo esto así, ningún acuerdo ha de adoptarse en los términos alegados al plantear la causa de inadmisión del recurso debiendo señalarse, en todo caso, que una cosa es el proceso electoral de representantes de los trabajadores, en el que intervienen los Sindicatos, y otra muy diferente el ejercicio del cargo de representante de esos trabajadores por quién lo ha obtenido en el que ya no interviene el Sindicato ni se hace en nombre de éste.

La Universidad de Burgos, y a ello se ha adherido la Administración demandada, **alega como causas de inadmisión la falta de legitimación de los órganos de la Administración para impugnar los acuerdos de ésta (artículo 20 de la LJCA) y la ausencia de legitimación de los delegados de personal.**

Estas causas de inadmisión también deben ser rechazadas. El demandante, hay que insistir en ello, fundamenta su legitimación activa por su condición de miembro del Consejo del Patronato que ha votado en contra de los acuerdos impugnados sin que estos hechos, es decir su condición de miembro del Consejo y su voto en contra, se cuestionen. Siendo

esto así, carece de trascendencia la legitimación que el demandante pueda tener como representante de los trabajadores dado que no es esa la que utiliza, aunque podía haberlo hecho, el demandante. El demandante, como miembro del Consejo del Patronato que ha votado en contra de los acuerdos impugnados, tiene legitimación por no resultar aplicable el artículo 20 de la LJCA en cuanto que hay una Ley, la 7/1985, de 2 de abril, que le autoriza o permite la legitimación para recurrir los acuerdos adoptados por el órgano del que se forma parte. El artículo 63,1 b) de la Ley citada atribuye legitimación a los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos a impugnar. Desde luego, la Escuela, atendiendo a los estatutos que la rigen, es un organismo autónomo (Administración institucional) de carácter local y, por lo tanto, una Administración Local no territorial y por ello le es aplicable el artículo dicho directamente y, en todo caso, lo sería de manera supletoria por la remisión que en los Estatutos se hace, como norma supletoria, a la legislación de régimen local.

QUINTO.- Rechazadas las causas de inadmisión del recurso procede analizar la cuestión de fondo comenzando por los **aspectos formales alegados** por la parte demandante en relación con la sesión del Consejo del Patronato en la que se han adoptado los acuerdos impugnados. Entiende esta parte que los acuerdos impugnados no están incluidos en la convocatoria de la sesión en la que se han adoptado habiéndose adoptado, además, sin haberlos sometido a votación. **Ambos fundamentos no pueden tener favorable acogida por lo que deben ser rechazados** atendiendo a las consideraciones que se van a hacer seguidamente:

1ª Sobre la inclusión en el orden del día la convocatoria de la sesión. En el orden del día de esa convocatoria figura el siguiente asunto: "Situación de la Escuela: posibles acuerdos a adoptar". En el acta de la sesión número 105, de 30 de mayo de 2019, que ha sido aportada por la propia parte demandante, se deduce, en lo que ahora importa, que los acuerdos impugnados se adoptan dentro del punto del orden del día referido y se hace como consecuencia de un debate previo sobre lo que inicialmente propone el Presidente y, por lo tanto, no son acuerdos independientes ni autónomos. Siendo esto así, hay que concluir que no se ha producido el incumplimiento alegado por la parte demandante en cuanto que los acuerdos adoptados: (1) no son ajenos al orden del día señalado en la convocatoria en la que, expresamente, se hace referencia a "posibles acuerdos a adoptar"; y (2) esos acuerdos son la consecuencia de un debate entre los miembros

del Consejo del Patronato sobre la situación de la Escuela y atendiendo a lo que, previamente, ha propuesto su Presidente.

2ª Sobre el sometimiento de los acuerdos adoptados a votación.

En el acta referida se señala, en lo que ahora importa:

- (1) que el demandante manifiesta que, ante la situación descrita, se ve obligado a votar en contra de cada una de las propuestas;
- (2) que no habiendo otras manifestaciones en contra, se dan por aprobados por el Presidente los acuerdos; y
- (3) que el Presidente es interpelado por el demandante pidiéndole que se vote por los asistentes cada uno de los puntos manifestando el Presidente que se da la votación por hecha puesto que nadie se ha opuesto, salvo el interpelante, ahora demandante, cuyas manifestaciones ya han sido tenidas en cuenta.

Lo dicho permite entender que no ha existido una votación formalizada aunque ello no permite concluir que los acuerdos se hayan adoptado sin someterlos a votación. Consta el voto en contra del demandante y no consta que ningún otro miembro del Consejo haya querido votar individualmente ni tampoco que haya manifestado un sentido del voto diferente a como lo ha entendido el Presidente, es decir afirmativo, ni que haya querido abstenerse.

SEXTO.- Siguiendo con el análisis de las cuestiones de fondo, **procede decidir sobre la legalidad de los acuerdos adoptados como 1º y 2º**, que tienen el siguiente contenido:

1º Ante la petición del representante de la Universidad de Burgos de autorización por este Patronato para impartir, en los cursos de primero, segundo y tercero, el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos en la Facultad de Derecho de la misma, es votada y aceptada dicha autorización por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante.

2º Impartir la titulación del primer curso del Grado en la Escuela Universitaria Adscrita de relaciones laborales en caso de no ser impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, previa autorización oportuna. Este acuerdo es votado y aceptado por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante.

La parte demandante, como ya se ha dicho, considera, en lo esencial: (1) que el Patronato no es competente, dado que esa competencia corresponde a la Junta de Castilla y León, para

autorizar a la Universidad de Burgos la impartición del Grado de Relaciones Laborales; y (2) el acuerdo es contrario a la integración de la Escuela en la Universidad haciendo expresa referencia, en este apartado, a la sentencia de la Sala de Valladolid y a la necesidad de acordar previamente reanudar el procedimiento administrativo de integración.

Los acuerdos referidos, en cuanto a su contenido, han de valorarse teniendo en cuenta una serie de antecedentes, que se recogen en las sentencias citadas y que pueden concretarse de la siguiente manera:

1º La Universidad de Burgos es la autorizada para impartir el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos atendiendo al Plan de Estudios aprobado.

2º La Universidad de Burgos había autorizado a la Escuela adscrita de Relaciones Laborales la impartición del referido Grado, autorización que se mantiene, según acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad de Burgos adoptado en la sesión celebrada el día 18 de julio de 2017, "en tanto se mantenga vigente el Convenio de Colaboración Académica" renovando la venia docendi a sus profesores para el curso 2017/2018.

3º Que la Universidad de Burgos, concretamente, la Facultad de Derecho está en condiciones de asumir progresivamente la impartición del Grado referido.

El primero de los acuerdos accede a la solicitud de la Universidad de Burgos para impartir, en la Facultad de Derecho, los cursos primero, segundo y tercero del Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. El acuerdo lo que decide, así se deduce de su contenido, es que los cursos mencionados se imparten en un lugar determinado, la Facultad de de Derecho, sin hacerlo, por lo tanto, en la sede de la Escuela, que es el lugar normal de impartición atendiendo a que es, como se ha dicho en los antecedentes, la Escuela la que está autorizada por la Universidad de Burgos para impartir el Título Grado mientras se mantenga el Convenio de Colaboración Académica entre ambas. Dicho de otra manera, el acuerdo adoptado únicamente afecta al lugar de impartición del los tres primeros cursos de Grado sin que tenga incidencia sobre la autorización concedida a la Escuela para impartir ese Grado, que se mantiene, ni tampoco sobre lo que al respecto deba, si es el caso, decidir la Junta de Castilla y León, cuestión esta que deberá ser planteada por la Universidad ante la Junta si es que entiende que ese lugar de impartición afecta al Plan de Estudios previamente aprobado. **Lo dicho**

permite concluir lo siguiente, atendiendo a lo alegado por la parte demandante:

1º El Patronato es competente para conceder esa autorización al entender, y así lo consideró la sentencia de la Sala de Burgos, que es una atribución de las incluidas en el artículo 8 de los Estatutos sin que en esa competencia pueda ser sustituido por el Ayuntamiento de Burgos ni tampoco por la Universidad de Burgos.

2º El Patronato, por medio del acuerdo adoptado, no interfiere en las competencias que tenga la Junta de Castilla y León. El acuerdo, hay que insistir en ello, se proyecta sobre el lugar de impartición de determinados cursos del Título Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos no sobre la autorización a la Universidad para impartir ese Grado. El acuerdo no dice eso, es decir no autoriza a la Universidad a impartir el Grado, y, además, hay que entender que deja a salvo, como se ha dicho, lo que la Junta tenga que decir sobre si ese cambio de lugar autorizado afecta al Plan de Estudios previamente aprobado, cuestión esta que es ajena al Consejo del Patronato al formar parte de las relaciones entre la Universidad de Burgos, que es la que tiene autorizado la impartición del Grado y aprobado el Plan de Estudios, y la Junta de Castilla y León como Administración con competencias en materia de ordenación académica dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

3º El acuerdo del Consejo del Patronato no infringe el artículo 2 de los Estatutos ni es contrario al fin del Patronato de integrar la Escuela en la Universidad de Burgos. Ya se ha dicho que el acuerdo adoptado no afecta a la autorización dada por la Universidad a la Escuela para impartir el Grado mientras se mantenga el Convenio de Colaboración Académica por lo que la Escuela no queda desvinculada de la Universidad, al menos formalmente, en cuanto que sigue siendo un Centro adscrito a la misma. A lo anterior hay que añadir que la integración, en el momento de adoptar el acuerdo, es algo descartado por una de las partes, la Universidad de Burgos, dado que el Rector, en la comunicación fechada el día 15 de junio de 2017 dirigida al Presidente del Patronato, indica que la Universidad está dispuesta a asumir progresivamente la impartición del Título de Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos pero que no puede integrar a la Escuela. No consta que exista una obligación legal de integración ni tampoco los estatutos de la Escuela la imponen dado que el artículo 2 se refiere a la "gestión" de la integración no a la realización de la misma siendo evidente que esa integración no puede llevarse a cabo

si falta la voluntad de una de las partes, la Universidad, sin que se observe, a la vista de lo comunicado por ésta a la Junta de Castilla y León en el mes de junio de 2019, que esa voluntad haya cambiado. El contexto indicado impide considerar que el acuerdo referido dificulte o impida la integración dado que esta integración depende de otras variable so circunstancias.

El segundo de los acuerdos impugnados decide impartir el primer curso de Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos en la Escuela en el caso de que no se imparta en la Facultad de Derecho, previa la autorización oportuna. Este acuerdo mantiene el lugar de impartición del primer curso de Grado en la sede de la Escuela correspondiéndose ello con la autorización que tiene la Escuela para impartir ese Grado con lo que no se observa que concurra alguno de los motivos de invalidez alegados por la parte demandante. Esa impartición se supedita a que el curso primero no pueda impartirse en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, previa la autorización oportuna. La posibilidad de impartir en primer curso de Grado en la Facultad de Derecho no es autorizada por el acuerdo dicho en cuanto que lo ha sido por el primero de los acuerdos adoptados siendo evidente que la "autorización oportuna" que se menciona no la concede el Consejo del Patronato sino que la tiene que obtener la Universidad de quién corresponda si es que la necesita por entender que el cambio de ubicación del lugar de impartición del primer curso de Grado afecta al Plan de estudios de manera que si falta esa autorización no se produce el cambio de ubicación del lugar en el que se imparte el primer curso. Siendo esto así, hay que reiterar lo dicho al analizar el primero de los acuerdos adoptados para concluir que este segundo tampoco infringe lo que la parte demandante alega en defensa de su ilegalidad.

Lo dicho permite rechazar lo alegado por la parte demandante en defensa de la pretensión anulatoria ejercida frente a los dos acuerdos adoptados por lo que procede, y así se acurda por medio de esta sentencia, desestimar la misma.

SÉPTIMO.- Procede decidir, en último lugar, **sobre lo pretendido por la parte demandante, respecto al último de los acuerdos adoptados** por el que se decide:

3º Iniciar el proceso de disolución del Patronato de la Escuela de forma diferida y progresiva, con el compromiso de garantizar las mejores condiciones a los trabajadores de la misma mediante la negociación del oportuno plan de empleo, que suponga medidas de recolocación y/o jubilación y otras

negociaciones. Este acuerdo es votado y aceptado por todos los miembros del Consejo del Patronato a excepción del demandante.

Sobre este acuerdo las partes demandadas han pedido, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de una pérdida sobrevenida del objeto del recurso dado que, y así ha quedado acreditado, el Consejo del Patronato, en la sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2020, ha acordado revocar dicho acuerdo y adoptar otro solicitando al Ayuntamiento de Burgos la disolución del patronato.

No consta que esos nuevos acuerdos se hayan impugnado (la parte demandante no votó en contra de su adopción sino que se abstuvo) ni tampoco que el acuerdo adoptado el día 30 de mayo de 2019 haya podido producir algún tipo de consecuencias a la parte demandante que tengan relación con su validez y que hagan necesario decidir sobre la misma. Nada se ha dicho al respecto ni tampoco la parte demandante, al formular conclusiones, ha alegado sobre la aplicación del artículo 22 dicho.

Siendo esto así, y atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (pueden consultarse, entre otras, las sentencias de 29 de enero de 2013, Rec. Casa 2789/2010, y de 12 de diciembre de 2016, Rec. Casas. 188/2015), que, en lo esencial, entiende aplicable lo dispuesto en el artículo 22 de la LEC al ámbito contencioso-administrativo, **se considera, y así se acuerda por medio de esta sentencia, que el recurso interpuesto por la parte demandante frente al acurdo referido ha perdido su objeto al no observar que exista algún interés en adoptar una decisión sobre su validez una vez que el mismo ha sido revocado y, en definitiva, dejado sin efecto.**

OCTAVO.- No procede imponer las costas de este procedimiento a ninguna de las partes dado que las cuestiones suscitadas generan dudas razonables de hecho y de derecho.

FALLO

Teniendo en cuenta los fundamentos de derecho anteriores
SE ACUERDA:

1º RECHAZAR las causas de inadmisión del recurso planteadas por las partes demandadas.

2° DECLARAR la pérdida sobrevenida del recurso interpuesto en lo que se refiere al tercero de los acuerdos impugnados.

3° DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la pretensión anulatoria ejercida por la parte demandante respecto a los dos primeros acuerdos impugnados.

4° SIN condena en costas.

Notifíquese la presente sentencia, en forma legal a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo interponer recurso de apelación en el plazo de quince días previa constitución de depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos de este Juzgado en el Banco Santander oficina principal nº cuenta 3035-0000-93-0062-19, para los sujetos a los que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.