



Resolución 2019R-1328-18 del Ararteko, de 28 de mayo de 2019, que recomienda al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno del Gobierno Vasco que facilite la documentación obrante en el expediente de un procedimiento de provisión de puestos de trabajo a una persona participante.

Antecedentes

1. La Orden de 24 de mayo de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia, aprobó la convocatoria y las bases específicas del concurso para la provisión de puestos de trabajo de niveles de complemento específico I-A, I-B, II-A, II-B, II-C y III-A que pertenecen al área de conocimiento "Patrimonio cultural, prensa y publicidad" reservados a personal funcionario de carrera de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos.

(...) participó en el concurso y resultó excluida del proceso relativo al puesto denominado "Responsable Servicio de Archivo, Biblioteca y Publicaciones", por no haber superado la puntuación mínima en el ejercicio práctico de elaboración de proyecto, tal y como venía exigido en las bases, de modo que tal puesto se adjudicó a otra persona.

No estando conforme con dicha decisión, presentó una reclamación en la que impugnaba la valoración de sus méritos y la calificación de su ejercicio práctico, y pedía la revisión de los méritos de las personas participantes y la adjudicación del puesto de trabajo a su persona. Posteriormente formuló recurso de alzada contra la desestimación de la reclamación.

En esos documentos solicitaba igualmente el acceso al expediente administrativo del proceso y, en particular, a lo siguiente:

- Currículo y documentación acreditativa de los méritos aportados por la persona adjudicataria del puesto de trabajo.
- Ejercicio práctico de elaboración de proyecto realizado por ella misma y por la persona adjudicataria del puesto de trabajo. Conocimiento en ambos casos de las valoraciones efectuadas por la Comisión de valoración y de la puntuación adjudicada, con desglose y justificación por cada uno de los apartados del supuesto práctico realizado.
- Actas de las sesiones de la Comisión de valoración, acuerdos motivados y documentación integrante del expediente.

En el transcurso de la tramitación administrativa, la interesada obtuvo la respuesta patrón empleada para la corrección del ejercicio de elaboración de proyecto, la copia de su ejercicio, y las puntuaciones globales que cada uno de los miembros de la Comisión de valoración había otorgado a este.



No obstante, no se le permitió acceder al resto de la documentación solicitada, ni se le informó de la puntuación adjudicada a cada uno de los apartados de que consistía la prueba. Los argumentos que motivaron la denegación fueron los que, en síntesis, se exponen a continuación:

- El acceso a los ejercicios realizados por otras personas participantes en el proceso tiene carácter excepcional y se analiza según las circunstancias que concurran en el caso. Si la persona solicitante no hubiera superado la prueba, se deniega el acceso al resto de ejercicios, salvo que cuente con el consentimiento expreso de las otras personas interesadas.
- Las actas de las comisiones no se entregan por tratarse de documentos internos que no forman parte del expediente administrativo, en aplicación del artículo 70.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- La interesada tuvo acceso a la respuesta patrón, en la que constan los criterios de corrección cuya aplicación fundamenta el resultado atribuido a su prueba. La evaluación se lleva a cabo por comparación de cada una de las pruebas con esa respuesta patrón, por lo que su conocimiento constituye motivación suficiente de la calificación y permite ejercer el derecho de defensa en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.
- El derecho de acceso al expediente no es absoluto e incondicionado, y puede ser limitado por otros derechos como el de protección de datos de carácter personal. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, en cuanto a la interpretación del artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, habría establecido que son datos personales las respuestas por escrito proporcionadas por un aspirante durante un examen profesional y las eventuales anotaciones del examinador referentes a dichas respuestas. Por esa razón, teniendo en cuenta la negativa expresa de la otra persona participante en esta fase del concurso a que su ejercicio fuera entregado a la promotora de la queja, la denegación de acceso a ese ejercicio cumple con lo preceptuado en relación con la protección de datos de carácter personal.
- La publicación de los listados de méritos generales presentados por las personas participantes en el concurso, junto con su valoración, resulta suficiente para proteger el derecho de defensa de todas las personas interesadas, sin necesidad de aportar la documentación específica de tales méritos.

La promotora de la queja incidía fundamentalmente en que el hecho de no haber conseguido copia de los documentos que integran el expediente (y, en





particular, de los que se refieren a los méritos y la prueba práctica de la otra persona participante, las valoraciones concretas y las actas motivadas de la Comisión de valoración) le había imposibilitado arbitrar una defensa suficiente y razonable de su pretensión.

2. Tras admitir a trámite la queja y analizarla, el Ararteko se dirigió al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno por medio de un escrito en el que recogía una valoración preliminar de los argumentos utilizados por la administración para desestimar la solicitud de la persona promotora de la queja.

Así, por una parte, se hacía eco de diversos pronunciamientos judiciales y de órganos de defensa de derechos, que parecían avalar la pretensión de esa persona. Y, por otra, analizaba la sentencia de 20 de diciembre de 2017, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyendo que resultaba posible conciliar su contenido con el resto de jurisprudencia examinada.

El Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno envió un informe en el que declaraba que no veía necesario facilitar los documentos solicitados, y reiteraba los argumentos que anteriormente había expuesto.

3. El Ararteko remitió un nuevo escrito a la administración en el que argumentaba de manera más extensa su posición favorable a la pretensión de la persona promotora de la queja.

Finalmente, el Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno manifestó su parecer contrario, insistiendo de nuevo en la no necesidad de entregar los documentos con base en las razones ya ofrecidas. Señalaba también que la persona interesada no había visto mermada su posibilidad de defensa, puesto que lo que en este caso se discutía era su exclusión del procedimiento de concurrencia competitiva por la no superación de la prueba, y que esa exclusión estuvo motivada en la respuesta patrón a la que había tenido acceso, no habiendo presentado, ni alegado, indicios de una mala práctica de la Comisión de valoración en la corrección del resto de ejercicios.

Consideraciones

1. Los tribunales de justicia se han ocupado en numerosas sentencias del significado y ámbito que ha de reconocerse a la discrecionalidad técnica de los tribunales encargados de regir un proceso de concurrencia competitiva, así como de las posibilidades de controlar los actos de calificación especializada en los que se proyecta esa facultad.

En desarrollo de la doctrina jurisprudencial derivada de ese análisis, los tribunales se han manifestado también sobre la necesidad de que en tales



procesos quede adecuada constancia de la motivación que fundamenta las actuaciones de estos órganos calificadoros.

Como ejemplo, puede citarse la Sentencia de 19 de julio de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (nº rec. 950/2008), en la que se afirma:

“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.”

O igualmente, la Sentencia de 31 de julio de 2014, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (nº rec. 2001/2013), que se refiere en los siguientes términos a la necesidad de motivar debidamente las calificaciones numéricas otorgadas a una prueba:

“La sentencia se aparta de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica también en el extremo relativo a la motivación de las calificaciones numéricas porque esta Sala viene sosteniendo que, siendo en principio válida esta forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como lo prevén el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y las bases de la convocatoria, el hecho de que en éstas solamente se haga referencia a una puntuación determinada no será bastante cuando el interesado la discuta, como aquí ha sucedido [sentencias de 29 de enero de 2014 (casación 3201/2012), 15 de octubre de 2012 (casación 4326/2011), 16 de mayo de 2012 (casación 1235/2011), 27 de abril de 2012 (casación 5865/2010), 10 de abril de 2012 (casación 183/2011), 19 de julio de 2010 (casación 950/2008), 2 de diciembre de 2008 (recurso 376/2006)]. Y, en este caso, solamente nos encontramos con esa puntuación pues los juicios razonados del tribunal calificador a los que alude la Sala de Madrid no son realmente tales porque se limitan a decir que la nota asignada es función de la capacidad de análisis demostrada y de la aplicación razonada de los conocimientos teóricos a la resolución del problema práctico planteado. Es decir, se limitan a repetir la fórmula utilizada por la base 2.1 pero sin incluir ningún elemento que permita considerarlo juicio razonado.”

En la misma línea, la reciente sentencia de 31 de enero de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (nº rec. 1306/2016), examina un supuesto en el que la persona recurrente conocía los criterios de valoración y el resultado numérico asignado a su ejercicio, pero no contaba con la explicación del motivo por el que la aplicación de esos criterios había llevado a esa puntuación concreta, y concluye que se produjo una lesión de su derecho:

“En el caso que examinamos la parte recurrente mantiene que la Administración no cumplió con el deber de motivación de su decisión técnica, incurriendo por ello en arbitrariedad, porque no justificó adecuadamente las razones de su decisión (i) cuando le fue solicitado tras la publicación del listado de aprobados y antes de finalizar el plazo de interposición de recurso administrativo, ello porque la información facilitada por la secretaria del órgano de selección y que consistió en darle la puntuación que se le otorgó en los dos supuestos prácticos que integraban el segundo ejercicio, era incompleta pues se le adjuntó una copia de su ejercicio sin

corregir y sin la puntuación otorgada en cada una de las preguntas; y (ii) cuando aquella decisión fue objeto de impugnación en vía administrativa, ello porque la resolución expresa tardíamente dictada tampoco aplica los criterios de valoración previamente aprobados por el propio órgano de selección en sesión de 30 de septiembre de 2013.

En definitiva, lo que se está cuestionando no es cómo se debería llevar a cabo la valoración del segundo ejercicio sino el cómo se valoró su ejercicio aplicando los criterios previamente fijados. Queda claro en la exposición de la parte y, también de la Administración, que el órgano de selección fijó previamente los criterios de calificación y los puso en conocimiento de los participantes en el proceso selectivo facilitándoles una hoja de instrucciones y un cuadernillo donde constaba la puntuación que se concedería a cada una de las preguntas -se sobreentiende, correctamente respondidas-. Lo que se cuestiona es cómo se aplicaron esos criterios para valorar sus respuestas y, por tanto, la última de las exigencias antes citadas para considerar que la motivación del juicio técnico efectuado es suficiente.

Aun cuando en términos de estricta formalidad pudiera parecer que el recurrente tuvo conocimiento completo de las decisiones del órgano encargado de valorar el proceso selectivo pues al darse respuesta expresa al recurso de alzada -resolución de 25 de abril de 2014- se le indicaron las calificaciones de su segundo ejercicio de la oposición al incluirse las puntuaciones desglosadas de cada uno de los dos ejercicios y por preguntas formuladas, debemos llegar a la estimación del recurso de casación por cuánto la administración nunca ha explicado al recurrente las razones por las que sus respuestas no fueron admitidas.

El recurrente conoce cómo se valorarían cuantitativamente las respuestas correctas y los criterios empleados para calificarlas como tales, pero lo que no conoce, y este Tribunal tampoco, es porqué sus respuestas no fueron aceptadas. Más concretamente, esa afirmación debe reafirmarse si se confronta la concreta impugnación de las puntuaciones otorgadas por las respuestas dadas a las preguntas 2ª y 9ª del caso práctico 2º, que fueron las expresamente cuestionadas por el recurrente, tal y como deriva de su escrito de demanda. La parte analiza las preguntas formuladas, las respuestas por él dadas y sabe cuáles eran las respuestas válidas aportadas por el Tribunal, pero lo que no sabía, y así lo resaltaba, es por qué en aplicación de los criterios a aplicar por el órgano de valoración sus respuestas fueron valoradas con una determinada puntuación, inferior a la total posible, ni las razones por las que (i) en la segunda pregunta no se le concedió ningún punto cuando con la contestación dada, aunque con cita a los grupos y de los puestos desempeñados, se podía estar haciendo referencia clara a los períodos de tiempo que entendía aplicables, y (ii) en la novena pregunta se le otorgaron 0,60 puntos de los posibles (1 punto) sin saber el motivo por el que no se le reconocieron los 0,40 restantes si en su respuesta podría estar incluida la que se debería tener por válida.

Es evidente que el órgano de selección nunca ha expresado por qué la aplicación de los criterios por él preestablecidos para valorar los supuestos del segundo ejercicio conduce al resultado individualizado otorgado al recurrente y que, a la postre, determinó su exclusión del proceso de ingreso.

En definitiva, consideramos que concurren en la sentencia los vicios imputados en este recurso pues no ha sido correctamente aplicada la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera sobre el control de la discrecionalidad de los órganos de selección y sobre la necesidad de motivación de sus decisiones cuando le sea solicitada información concreta por los participantes en los procesos selectivos, concurriendo falta de motivación formal y material puesto que (i) no se indicaron al recurrente las razones de la decisión administrativa, y (ii) porque aunque constan dos de los tres elementos que según la jurisprudencia de esta Sala constituyen el contenido de la motivación -se conoce el objeto de la calificación o valoración, que no fue sino el contenido de los casos prácticos realizados y que integraban el segundo ejercicio (que obran en el expediente); se sabe también cuál fue el criterio seguido para decidir la calificación (el criterio aprobado por el Tribunal Calificador)- no se conoce el tercero de ellos, el referido a cuál fue la razón de la puntuación finalmente otorgada, los motivos concretos del desajuste del examen con el criterio fijado y aplicado a todos los aspirantes del proceso selectivo y conocido por todos los concursantes.”



En el asunto que ha dado origen a esta queja, la persona interesada ha llegado a conocer los criterios de valoración de la prueba práctica, recogidos en la respuesta patrón, y la calificación global atribuida a su ejercicio.

Sin embargo, no le han sido facilitadas las puntuaciones parciales de los diferentes apartados de que constaba la prueba ni tampoco los particulares razonamientos en los que la comisión de valoración fundamentó la asignación de esa puntuación, y que ella cuestionó reiteradamente en sus escritos.

Es previsible que tales extremos aparezcan incluidos en las actas de las sesiones de la Comisión de valoración, que la interesada no ha podido examinar a pesar de su petición explícita.

En todo caso, siguiendo la orientación jurisprudencial a que se ha hecho referencia, esa falta de información podría llegar a considerarse como un hecho que genera un menoscabo de las posibilidades de defensa.

2. La persona promotora de la queja solicitó acceder a los documentos justificativos de los méritos generales presentados por la otra persona participante en el concurso, y al ejercicio de elaboración de proyecto que esta realizó en la prueba práctica.

La administración afirma que no es necesario aportar la documentación que respalda los méritos generales valorados, porque en el proceso se hicieron públicos unos listados en los que se relacionaban todos ellos, junto con la valoración atribuida o el motivo por el que no habían sido tenidos en cuenta, de forma que todas las personas participantes pudieron saber qué y cómo se había valorado a cada persona.

Por otra parte, señala que tampoco es preciso proporcionar el ejercicio escrito realizado por la otra persona porque la puntuación asignada al ejercicio de la promotora de la queja no se determinó por comparación con ese otro ejercicio, sino con la respuesta patrón previamente elaborada y publicada con posterioridad, por lo que, en definitiva, el conocimiento de aquel ejercicio nada podría aportar a sus posibilidades de defensa.

En opinión del Ararteko, la publicación de la relación de méritos generales con su valoración, y el conocimiento del ejercicio propio y la respuesta patrón podrían ser asumibles como única fuente de información en el supuesto de procesos de concurrencia que se desarrollaran de manera pacífica.

Sin embargo, esta institución entiende que no son suficientes cuando una de las personas participantes cuestiona abiertamente el resultado de las puntuaciones obtenidas por otra u otras de las personas que concurren, por lo que en ese caso sería preciso un acceso completo al expediente, en los



términos en los que se han venido pronunciando de forma reiterada tanto los tribunales de justicia como otros organismos garantes de derechos.

El Tribunal Supremo se ha ocupado en diversas ocasiones de cuestiones semejantes a las planteadas en la queja, y ha optado por admitir un amplio derecho de acceso en los procesos de concurrencia competitiva, en virtud del cual posibilita incluso conocer los ejercicios elaborados por el resto de personas participantes.

Así, en Sentencia de 6 de junio de 2005, a la luz de la anteriormente vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoció el derecho de una persona participante en un proceso selectivo a obtener copia de los ejercicios relativos a un caso práctico que habían sido elaborados por el resto de personas aspirantes aprobadas, por concurrir en ella un interés legítimo y directo, y con base en estos argumentos:

“El punto de partida en el que nos sitúa la Constitución no puede ser otro que el del reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de acceder a los documentos que obran en los archivos y registros públicos. Esta es la regla general y las excepciones que se le impongan por las leyes han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables. (...) La solución a la que llegamos, además de ser coherente con lo que la Constitución afirma en su artículo 105 b), también lo es con los principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas y, en particular, con el de transparencia que, según el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 y conjuntamente con el de participación, ha de guiar sus relaciones con los ciudadanos.”

La Sentencia de 3 de Octubre de 2013, acogió esa misma tesis en los términos siguientes:

“La recurrente considera en su demanda que se ha vulnerado el artículo 105 de la Constitución, al negársele la documentación solicitada referente a los ejercicios y calificaciones de otros alumnos, y aunque la Sala comparta los argumentos de la recurrente y afirme, una vez más, el derecho de quien participa en un proceso selectivo a conocer, no sólo la documentación que afecta a sus ejercicios, sino la de los demás, pues es necesaria para establecer una comparación que permita su defensa en orden a la aplicación de los principios de mérito y capacidad, lo cierto es que en su suplico no pide la recurrente la retroacción del procedimiento, lo que sería lógica consecuencia de tal petición y, por otra parte la estimación del recurso, de conformidad con lo dicho en el anterior fundamento jurídico, hace innecesario el pronunciamiento en este punto.”

Y la Sentencia de 22 de noviembre de 2016 se refería de este modo a la cuestión:

“Asimismo, los procesos selectivos se desarrollan bajo el principio de publicidad. A este respecto, es significativo que el artículo 4 del Estatuto de Personal de las Cortes Generales disponga que la selección del personal laboral de sus cámaras se regirá por un procedimiento público que determinarán las mesas respectivas. Y, precisamente, porque la publicidad es condición necesaria para asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no cabe afirmar que haya fases de los procesos selectivos de carácter privado, ni que los aspirantes no tengan derecho a conocer los ejercicios de aquellos con los que compiten cuando reclamen su derecho fundamental a acceder al empleo público.”

Los organismos encargados de velar por la transparencia de las administraciones públicas han analizado también supuestos semejantes al examinado en esta queja.

Por ejemplo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en su Resolución 322/2016, de 17 de octubre, menciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo y resuelve en idéntico sentido una solicitud de acceso a los ejercicios realizados por otras personas:

“La primera de las cuestiones objeto de consulta es la posibilidad de “obtención de copias de ejercicios escritos o de la grabación oral de todos los opositores de su mismo Tribunal o de otros de la misma Subescala que hayan alcanzado una determinada puntuación”.

A este respecto, en primer lugar, debe indicarse que, si el acceso a los ejercicios escritos se proporcionara sin identificación de su autor, estaríamos ante un supuesto de acceso a la información pública de la LTAIBG al tratarse de información que obra en poder de una entidad a la que es de aplicación la norma y no siendo de aplicación, a nuestro juicio ninguno de los límites al acceso que la misma prevé, ni eventualmente el derecho a la protección de datos de carácter personal dado que, como decimos, se trataría de información que no identifica al autor.

Por otro lado, debe señalarse que el acceso por parte del participante en un proceso selectivo a los ejercicios realizados por otros aspirantes ha sido tratada en diversa jurisprudencia, siendo la más relevante, e nuestro juicio, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005. En dicha Sentencia, previa a la aprobación de la Ley de Transparencia, que desarrolla el artículo 105 b) de la Constitución, precepto que es objeto de interpretación, se señala lo siguiente:

El punto de partida en el que nos sitúa la Constitución no puede ser otro que el del reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de acceder a los documentos que obran en los archivos y registros públicos. Esta es la regla general y las excepciones que se le impongan por las leyes han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables

En opinión del Tribunal, es irrefutable que los participantes en un proceso selectivo son titulares de un interés directo y legítimo en lo relativo al acceso a los ejercicios realizados por otros participantes y su conclusión es que el recurrente tiene derecho a acceder a los documentos que ha indicado. Y también lo tiene a obtener copia de ellos a sus expensas. Y ello porque, además de ser coherente con lo que la Constitución afirma en su artículo 105 b), también lo es con los principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas y, en particular, con el de transparencia que, según el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 y conjuntamente con el de participación, ha de guiar sus relaciones con los ciudadanos.

Dicha doctrina puede entenderse, a nuestro juicio, aplicable al caso del acceso a los ejercicios de participantes con el que el solicitante no comparta Tribunal examinador pero sí proceso selectivo, como sería el caso que también se nos plantea.”

De igual forma, la Resolución 23/2017, de 18 de septiembre, del Consejo de Transparencia de Aragón, expresa la posición mostrada por ese organismo y ofrece una conclusión similar a las anteriores.

El Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno afirma que el hecho de que las puntuaciones de los ejercicios se determinen por comparación de cada uno de ellos con la respuesta patrón, y no de todos ellos entre sí, introduce un elemento diferencial en el tratamiento de este caso, que excluye



la aplicación de los argumentos recogidos en las sentencias y resoluciones citadas.

Esta institución no comparte tal apreciación. En primer lugar, se debe tener en cuenta que una de las exigencias referentes a la motivación de las actuaciones de los tribunales calificadores en procesos selectivos pasa por el establecimiento de criterios predeterminados y objetivos de valoración de los ejercicios -bien adopten la denominación de respuesta patrón, criterios de corrección o cualesquiera otras-, cuya aplicación a cada uno de ellos es la que fundamenta la puntuación que este merece.

Por esa razón, ha de entenderse que también en los supuestos analizados en las sentencias y resoluciones se utilizaron criterios objetivos de corrección que sirvieron de base a la asignación de la puntuación de cada ejercicio, por lo que no se observa que concurra una diferencia tan sustancial como para justificar la conclusión que la administración traslada.

Pero es que, además, a juicio de esta institución, debe tenerse en cuenta que la articulación de una defensa adecuada exige conocer no sólo cómo han sido aplicados los criterios al propio ejercicio, sino también cómo lo han sido a los del resto de participantes, para poder asegurar que en todos ellos se ha actuado de igual modo y guardando la debida imparcialidad.

A este respecto, según parece desprenderse del contenido de la documentación enviada por la administración, uno de los elementos utilizados para posibilitar o no el acceso de una persona al ejercicio práctico elaborado por otra persona es el de tener en cuenta si aquella ha superado la prueba o no: por ello, permite el acceso en el primer caso, mientras que lo desestima en el segundo, al entender que ya no existe concurrencia.

Esta institución considera que, aun apreciándose una diferencia entre ambas situaciones, sin embargo tampoco en esta ocasión se puede atribuir a esta una potencialidad tal que permita justificar la decisión adoptada.

En efecto, es cierto que con la persona suspendida ya no existe concurrencia porque ha quedado fuera del proceso, mientras que la concurrencia continúa si supera la prueba. Pero es que, en realidad, lo que se trata de analizar por medio del acceso y conocimiento de los ejercicios se sitúa en un momento anterior a la decisión que supone la continuidad o no de la concurrencia, y consiste precisamente en conocer si la valoración de los ejercicios ha sido correcta y siguiendo las pautas marcadas.

Y a este fin, los dos supuestos resultan semejantes: tanto el de quien solicita el acceso no habiendo superado la prueba práctica (en el que la administración ofrece una respuesta negativa porque el conocimiento del ejercicio ajeno no añade nada a las posibilidades de defensa del ejercicio propio, al haber sido este calificado siguiendo la respuesta patrón), como el de quien lo hace





habiéndola superado (en el que, al parecer, la respuesta sería positiva, aun cuando, siguiendo el argumento anterior, tampoco de ese conocimiento se obtendría nada, dado que también en este caso los ejercicios habrían sido calificados siguiendo la respuesta patrón y no por comparación entre ellos mismos).

Por eso, si en esta última situación es posible que la persona no satisfecha con su puntuación pueda analizar la forma en que se ha calificado otro ejercicio y comprobar si los criterios se han aplicado correctamente, tanto más habrá de serlo cuando esa diferencia entre calificaciones sitúe a una de ellas por debajo del límite del aprobado y la excluya del procedimiento.

Como ejemplo, esa parece ser también la orientación que sigue la Resolución de 13 de diciembre de 2016, del viceconsejero de Función Pública, en relación con el procedimiento de provisión temporal de puestos de trabajo mediante comisión de servicios, cuyas consecuencias son sustancialmente menos relevantes que las de un concurso de traslados. Aun así, ese texto admite el acceso a los méritos de terceras personas, según dispone su artículo 7:

“El personal que participe en procesos de comisiones de servicio podrá solicitar el acceso al expediente. (...)”

Asimismo, se podrá acceder a los méritos acreditados por terceras personas.”

Por todo ello, el Ararteko considera que en asuntos como el examinado en esta queja, es preciso facilitar a las personas interesadas el conocimiento completo del expediente del proceso, al objeto de que puedan articular con garantías la defensa de su derecho, en el marco del principio de transparencia en la actuación de las administraciones públicas y de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que rigen el acceso al empleo público.

En particular, la aplicación del principio de transparencia en un ámbito especialmente sensible como es el de los procesos de concurrencia competitiva de personal exige que se pongan todos los medios posibles para despejar cualquier duda que pueda plantearse por las personas participantes, teniendo en cuenta, además, que podrían obtener en vía contencioso-administrativa cualquier documento que no consigan en vía administrativa, y sin perjuicio del deber de no hacer uso externo o indebido de tal información.

Por último, la administración puntualiza que los pronunciamientos examinados en este apartado son todos ellos anteriores a la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, de la Sala segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que deberían entenderse ya superados. Aun siendo eso cierto, esta institución considera que tal constatación no resta virtualidad alguna a los argumentos que de ellos se desprenden, dado que, tal y como se expondrá en el siguiente apartado, esa sentencia no resulta incompatible con las conclusiones extraídas.



3. La Sentencia de 20 de diciembre de 2017, de la Sala segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido utilizada por la administración como argumento para justificar la negativa a proporcionar a la promotora de la queja el acceso al ejercicio escrito de la persona que resultó adjudicataria del puesto de trabajo, al hacer prevalecer el derecho de esta a negarse a la cesión de unos documentos calificados como datos personales.

Sin embargo, en opinión de esta institución, los razonamientos que emplea tal sentencia, así como su conclusión final en nada contradicen a la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga la calificación de dato de carácter personal al escrito corregido de un examen en el que la persona demandante había participado como aspirante, en contraposición a la postura mantenida por diversas instancias irlandesas, que entendían que al carecer de ese carácter, tampoco gozaba de la especial protección que la normativa reconoce a aquellos en los que concurre, por lo que, de seguir esta última posición, habría sido posible cualquier utilización libre de tales documentos, sin que la persona a la que se refieren sea consciente o pueda manifestar eficazmente su oposición.

Es por ello que el Tribunal reconoce que el resultado de una prueba práctica constituye un dato de carácter personal y que, en consecuencia, quien la ha realizado debe contar con todas las posibilidades que le otorga la normativa en esa materia, al objeto de que no quepa una utilización indebida de esa documentación.

Ahora bien, lo que no se alcanza a advertir es que el Tribunal otorgue a ese reconocimiento un valor absoluto que impida la revisión de la prueba en todo caso y a cualquier persona u organismo. En ese sentido, no parece razonable considerar que un derecho pueda llegar a constituir una potestad incondicional e ilimitada, sino más bien que su ejercicio debe ponerse en relación con el resto de derechos que confluyen, y ponderarse adecuadamente en el marco de las situaciones analizadas.

Así, la sentencia establece unos límites nítidos del derecho a la protección de datos de carácter personal y no elimina la posibilidad de que en el ámbito de un proceso de concurrencia competitiva de personal existan otros derechos, ejercitados por personas directamente interesadas, y que también resulten merecedores de protección.

En concreto, el texto señala que *“un aspirante que participa en el examen tiene un interés legítimo, basado en la protección de su intimidad, en poder oponerse a que sus repuestas al examen y las correspondientes anotaciones del examinador sean utilizadas fuera del procedimiento de examen y a que, en particular, se comuniquen a terceros -o incluso sean publicadas- sin su consentimiento.”*



Las características del caso examinado en la sentencia y las circunstancias a las que se refiere el párrafo transcrito inducen al Ararteko a considerar que no cabe concluir que este pronunciamiento judicial avale la negativa a facilitar el acceso de la promotora de la queja al ejercicio de la otra persona participante.

Por un lado, en este expediente la discusión se centra precisamente en el procedimiento de examen, del que constituye elemento esencial, y no en uno diferente o desconocido, por lo que las consecuencias del acceso quedarán siempre circunscritas a ese procedimiento, no proyectándose sobre otros ámbitos ajenos.

Por otro lado, la promotora de la queja no es una tercera persona sin relación con el procedimiento, sino alguien que ostenta un interés directo y legítimo y, por tanto, susceptible de protección.

A juicio de esta institución, en este expediente resultan aplicables las consideraciones que contiene la Resolución 23/2017, de 18 de septiembre, del Consejo de Transparencia de Aragón, antes mencionada.

Esta resolución incide en la relación existente entre el derecho de acceso al expediente en los procesos de concurrencia competitiva y la normativa de protección de datos de carácter personal, para concluir que en este tipo de casos el acceso no conculca dicha normativa. Menciona al efecto un informe de la Agencia Española de Protección de Datos que, a su vez, remite al análisis de la Audiencia Nacional en relación con la materia y según el cual, el tratamiento de los datos surgidos en este ámbito no precisa el consentimiento de la persona afectada, por aplicación de los principios que rigen el acceso al empleo público y la actuación de las administraciones públicas. A continuación se transcriben los párrafos esenciales del texto:

“Además de la jurisprudencia en la materia, son ya numerosas las Resoluciones dictadas por los Comisionados de transparencia en relación con el acceso a los exámenes de otros opositores, en procesos de concurrencia competitiva. También se han producido, desde la entrada en vigor de la normativa en materia de transparencia, informes de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) que analizan cuestiones relacionadas con la Ley 15/1999 y la legislación de transparencia en esta materia. (...)

Si se solicita acceder a exámenes con identificación del autor —o si esa identificación resulta sencilla relacionando cada examen con la persona que lo ha realizado, a través del número de plica— debe acudir, en primer lugar, a la jurisprudencia relevante en la materia.

La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2005 (recurso nº 68/2002), establece en sus fundamentos jurídicos que el punto de partida en el que nos sitúa la Constitución (artículo 105 b) no puede ser otro que el del reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de acceder a los documentos que obran en los archivos y registros públicos. Esta es la regla general y las excepciones que se le impongan por las leyes han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables.

En opinión del Tribunal Supremo, es irrefutable que los participantes en un proceso selectivo son titulares de un interés directo y legítimo en lo relativo al acceso a los ejercicios realizados por otros participantes y su conclusión es que el recurrente tiene derecho a acceder a los

documentos que ha solicitado. Y también lo tiene a obtener copia de ellos a sus expensas. Y ello porque, además de ser coherente con lo que la Constitución afirma en su artículo 105 b), también lo es con los principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas y, en particular, con el de transparencia que, según el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 y conjuntamente con el de participación, ha de guiar sus relaciones con los ciudadanos.

El CTBG se ha pronunciado también acerca del acceso a puntuaciones y ejercicios de otros aspirantes distintos del solicitante, en los casos de concurrencia competitiva (entre otras, Resolución 381/2016), admitiendo dicho acceso en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, los datos que se solicitan no son especialmente protegidos por la normativa de protección de datos, dado que no se refieren a ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual o comisión de infracciones penales o administrativas.

En segundo lugar, y respecto de la valoración de si los datos solicitados pueden considerarse como meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente, no parece posible concluir que tengan tal consideración. En efecto, los datos personales afectados ni siquiera pertenecen a un miembro de la organización y, aunque se trata de información en poder del organismo que recibió la solicitud, no está estrictamente relacionada con su actividad pública, entendida tal como las funciones o competencias que tiene atribuidas y son por el mismo desempeñadas. Por lo tanto, debe realizarse la ponderación que se indica expresamente en el apartado 3 del artículo 15 de la Ley 19/2013.

Para realizar esta ponderación debe tenerse en cuenta, además del Criterio interpretativo 2/2015, de 21 de mayo, del CTBG, el contenido del Informe nº 178/2014, de la Agencia Española de Protección de Datos, que analiza la relación entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública desde varias perspectivas; en especial y por lo que aquí interesa, desde el punto de vista de la existencia de procesos de concurrencia competitiva.

En su apartado III, el Informe señala:

«Así, en relación con los procesos de concurrencia competitiva, y aun no siendo similar al supuesto ahora planteado, podría tenerse en cuenta la doctrina de la Audiencia Nacional en relación con las cesiones de datos de las calificaciones otorgadas en el marco de procesos selectivos, en que el tribunal ha considerado que el principio de publicidad y transparencia se torna en esencial, como garantizador del principio de igualdad. Así, la Audiencia Nacional ha ponderado el principio de publicidad con la protección de datos de carácter personal, llegando a la conclusión que durante la tramitación del proceso selectivo ha de prevalecer el primero en la Sentencia de 26 de abril de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que cita a su vez la recaída en el recurso 215/2010, que señaló lo siguiente:

“Por lo tanto, una de las excepciones a la exigencia de consentimiento para el tratamiento de datos es el de la colisión con intereses generales o con otros derechos de superior valor que hagan decaer la protección de datos por la preferencia que deba concederse a ese otro interés. En el caso presente, al tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva debemos atender a lo que señala el artículo 103 de la Constitución cuando afirma que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (párrafo 1) y cuando afirma en el párrafo 3 que “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad ...” (todo ello en relación con lo previsto en el artículo 23 CE al que nos referiremos más adelante).

Obviamente, las garantías que exige el tratamiento de datos personales no puede servir para empañar o anular estas exigencias generales que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad. La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era

exigible el consentimiento del interesado para el tratamiento del dato de la nota consistente en su comunicación por el sindicato ahora recurrente.

Desde este punto de vista, debemos concluir que no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren (...).

Es cierto que la Ley Orgánica 15/1999 no recoge expresamente exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenida con fundamento en las garantías de transparencia de los procesos competitivos, por lo que será preciso ponderar los intereses en conflicto para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer. Efectuada dicha ponderación, y valorando las circunstancias que aquí concurren, es claro para este Tribunal que debe prevalecer en este caso la garantía de publicidad y transparencia del proceso competitivo sobre el derecho a la protección de datos”.

Y concluye el Informe (en relación con el acceso por un estudiante al expediente académico de otro, a fin de conocer sus calificaciones en relación con las matrículas de honor concedidas):

«Sería preciso conocer si, a la luz de la Ley 30/1992, el solicitante puede ser calificado como interesado; es decir, si del contenido del citado expediente puede deducirse a su favor un determinado beneficio o perjuicio, lo que dependerá de las circunstancias relacionadas con el supuesto concreto o las deducciones que sobre las tasas universitarias deban realizarse en caso de haber obtenido las calificaciones planteadas. En todo caso, el acceso debería realizarse a los datos respecto de los que pueda predicarse la citada condición de interesado; es decir, respecto de los que el solicitante se encontrase en una situación de concurrencia competitiva respecto del afectado al que se refirieran los datos».

En supuestos como el planteado, realizada la ponderación que exige la Ley 19/2013, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales apuntados, y la interpretación que ha hecho la AEPD; el CTBG concluye que la Administración debe proporcionar a los interesados, solicitantes del acceso, aquella información relevante del proceso selectivo que les permita comprobar la imparcialidad del procedimiento en el que concurren, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en el mismo proceso selectivo con los que los solicitantes compiten por las mismas plazas (entre otras, Resolución 381/2016).

En contra de lo que se afirma en el informe a la reclamación, no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva, ni para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento, ni para la entrega de copia de sus exámenes aprobados, y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren.

En conclusión, en un procedimiento de concurrencia competitiva un opositor tiene derecho a obtener copia del examen de otro opositor participante en el mismo proceso selectivo, tratándose de un examen aprobado.”



Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que facilite a la promotora de la queja la documentación obrante en el expediente administrativo del concurso para la provisión de puestos de trabajo de niveles de complemento específico I-A, I-B, II-A, II-B, II-C y III-A que pertenecen al área de conocimiento "Patrimonio cultural, prensa y publicidad" reservados a personal funcionario de carrera de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos, convocado mediante Orden de 24 de mayo de 2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia, en lo que respecta a:

- los méritos generales aportados por la otra persona participante.
- la puntuación otorgada por la Comisión de valoración a cada uno de los apartados de que constaba su ejercicio de la prueba práctica, así como la motivación justificativa de dicha puntuación.
- El ejercicio de elaboración de proyecto realizado por la otra persona participante.

