



SENTENCIA Nº 2766/2019
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 2103/2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ
MAGISTRADOS
D^a. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR
D. DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ
D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA
Sección Funcional 1ª

En la Ciudad de Málaga a, 3 de octubre de 2019.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación nº 2103/2016 interpuesto por [REDACTED] AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, [REDACTED] contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 3 de MÁLAGA y como partes apeladas respectivamente cada uno de los apelantes respecto del recurso que de contrario les perjudica.

Ha sido Ponente la Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del hoy apelante, [REDACTED] se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo recurso contra resolución del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, registrándose con el número 542/2015.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia estimatoria en parte del recurso.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por las representaciones procesales de las partes apelantes, se interpusieron tres Recursos de Apelaciones, que fueron admitidos a trámite,





dándose traslado recíprocamente, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 2103/2016.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el [REDACTED] contra Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Málaga desestimatorio de la alzada intentada frente a resolución del Tribunal Calificador de la convocatoria de treinta plazas de bomberos incluidas en la oferta pública de empleo del año 2008, que acordó, tras la revisión presencial del ejercicio del recurrente, ratificar la declaración de "no apto" al no haber superado el tercer ejercicio de la convocatoria, anulando tal Acuerdo por ser contrario a derecho, desestimando a la vez la impugnación de la corrección realizada por el Tribunal Calificador de la oposición en relación con las preguntas 6,5 y 11 del ejercicio; mandando retrotraer el proceso selectivo al momento de la calificación del tercer ejercicio, debiendo el Tribunal proceder a la calificación del mismo realizado por todos los opositores conforme a la corrección ya hecha y al resultado de las revisiones también hechas, asignado a las preguntas 1,2,3,4,5,8,10 y 11 una puntuación de 1,454; a cada apartado de los cinco de las preguntas 6 y 7 se le asignará una puntuación de 0,29; lo mismo con los tres apartados de la pregunta 9, a los que se asignará una puntuación de 0,484.

SEGUNDO.- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su





constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la Universidad apelante, debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aún cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

TERCERO.- En el presente caso tres fueron los pronunciamientos hechos en sentencia y que fueron impugnados por las partes hoy apelantes en la medida que perjudicaban a sus intereses.

El primero de ellos, relativo a la anulación de la calificación que obtuvo [REDACTED] del tercer ejercicio de la oposición. La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo en recurso de apelación nº 859/2016, seguido a instancia del opositor [REDACTED] dictando sentencia en fecha 18 de febrero de 2019, y que el particular que interesa es del siguiente tenor literal:

"...De la primera cuestión de la que debe ocuparse esta resolución es la concerniente a la impugnación genérica del tercer ejercicio. Estima la parte apelante que la Sentencia apelada ha aplicado incorrectamente las Bases Generales, concretamente de los apartados 26, 36 a) y 52 y del Anexo 15 (apartado 3.1.c)) de la Convocatoria efectuada por el Ayuntamiento de Málaga para cubrir las 30 plazas de Bomberos y del artículo 55.2 del Estatuto Básico del empleado público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, infringiendo la Sentencia apelada la Doctrina Jurisprudencial que describe la discrecionalidad técnica de los Órganos de Selección. En consecuencia, estima el Ayuntamiento apelante que el Juzgado a quo ha sustituido una decisión técnica del órgano selectivo amparada por las Bases de la convocatoria, que era además motivada y razonable, por la suya propia y que coincidía con el recurrente, consistente en calificar con la misma puntuación las cuestiones o preguntas que integraban el tercer ejercicio práctico, sin importarle que dichas cuestiones fueran de complejidad técnica diferente. Por lo que ajustó el Tribunal su actuación en este tercer ejercicio a las Bases que regulan la presente convocatoria y fijó, antes de iniciar la corrección, el valor de las cuestiones





que integraban el examen con carácter general, aplicándola a todos ellos de igual manera y anónimamente.

Visto el primer motivo de impugnación formulado, es preciso remitirnos a la normativa de aplicación del proceso selectivo, en concreto, a las Bases de la Convocatoria, que obran en los folios 1 a 13 del expediente:

La Base 26 dice: "Los tribunales quedan autorizados para resolver las dudas que se presentaren y tomar los acuerdos necesarios para la tramitación y buen orden de la convocatoria, pudiendo en su caso requerir los informes que considere pertinentes a los órganos municipales."

Posteriormente la norma final, base 52 establece: "52. En lo no previsto en estas bases se estará a lo dispuesto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas Básicas y Programas Mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, en el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, así como en la restante normativa que resulte de aplicación, quedando facultados los tribunales para resolver o adoptar los acuerdos pertinente, con plena autonomía y libertad en sus decisiones, dentro de las competencias que les son propias como órganos de selección. Esta actividad únicamente estará limitada por la sujeción a lo dispuesto en estas bases y en la normativa vigente".

Al regular el desarrollo de los ejercicios, indica la Base 36.a): "En todas las convocatorias cuyo sistema de selección sea la oposición, esta se desarrollará de acuerdo con lo previsto en los correspondientes anexos que, en todo caso, habrán de respetar los siguientes mínimos: a) En toda fase de oposición existirá, al menos, un ejercicio práctico. El tribunal determinará en el anuncio correspondiente la fecha de este ejercicio, el posible uso de textos de consulta y material específico durante el desarrollo de la prueba, en la que se valorarán especialmente la capacidad de raciocinio, la sistemática en el planteamiento, la formulación de conclusiones, la adecuada interpretación de los conocimientos y la correcta utilización de la normativa vigente aplicable al ejercicio práctico. No obstante lo anterior, los anexos de cada convocatoria podrán establecer para este ejercicio las peculiaridades propias de las plazas a cubrir"

El Anexo 15, al referirse al procedimiento de selección, respecto al tercer ejercicio, dice: "c) Tercer ejercicio: De carácter obligatorio y eliminatorio. Consistirá en la realización de un ejercicio escrito de carácter práctico que planteará el tribunal inmediatamente antes del comienzo del ejercicio, y que se referirá al temario específico incorporado al presente anexo. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el tribunal y será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener, al menos, 5 puntos. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser





siempre igual o superior a la mitad de las cuestiones planteadas en el mismo”.

Acto seguido nos interesa también remitirnos al Acta 22 del Tribunal Calificador, del 13 de abril de 2015, 8,30 horas, obra al folio 405 del expediente, siendo su tenor: “... Constituye el objeto de esta sesión, el inicio de las tareas de corrección del tercer ejercicio realizado por los 116 aspirantes que concurrieron el pasado día 11 de abril de 2015 al llamamiento efectuado por el Tribunal y que consistió en una prueba escrita de carácter práctico sobre el temario de materias específicas recogidas en las bases de la convocatoria. Los miembros del Tribunal, en primer lugar elaboran los criterios de valoración de cada una de las preguntas que conforman el examen, y que se detalla en la plantilla que se adjunta como Anexo I al presente Acta, que sirve de base para la corrección de los ejercicios con carácter general e igual para todos ellos. En la misma se determina el valor otorgado a cada una de las cuestiones en función de su grado de dificultad, complejidad, subapartados, etc., buscando una calificación global equilibrada y proporcionada que garantice la selección más adecuada de los aspirantes para el puesto al que optan en función del ejercicio elaborado por el Tribunal para juzgarlos.... A las 10,45 horas, el Tribunal procedió al llamamiento de los 4 representantes de los opositores que firmaron tanto los 5 sobros que contienen los exámenes, como el que contiene las matrices identificadas, personándose en la Sala donde está reunido el Tribunal los señores [REDACTED] que firmaron los referidos sobros, procediendo a abrir exclusivamente los que contienen los 116 ejercicios realizados, abandonando la Sala inmediatamente, todo ello conforme a lo establecido en las bases generales y específicas que regulan la convocatoria y que exigen garantizar el anonimato en el proceso de corrección de los ejercicios realizados....”

La plantilla de valoración de corrección del tercer ejercicio a que se refiere el acta precedente obra al folio 409 del expediente. En ella, a las diversas preguntas y subapartados se les otorga una puntuación diversa entre 1, 0,5, 1,25, 1,5 puntos, sumando en total 16, con observaciones en algunas de ellas.

Segunda.- Sentado lo anterior, hay que partir de que las Bases de la Convocatoria vinculan tanto a la Administración y a sus órganos calificadores como a los aspirantes y son la ley del proceso selectivo para todos ellos.

En efecto, el artículo 15.4º del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, dispone que “Las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas”.

Como señala la STS, Sección Séptima, de 4 de abril de 2016 (RC 711/2015): “Tratándose de un procedimiento competitivo en el que concurren intereses contrapuestos de los distintos aspirantes que participan en el mismo, la Administración ha de estar a lo que haya sido establecido en las normas de la convocatoria en cuanto a los específicos





trámites y plazos que son aplicables al proceso selectivo y respetar el carácter vinculante que dichas normas tienen para la propia Administración y para todos esos aspirantes, por ser dicho respeto un necesario instrumento para asegurar el principio de objetividad que para toda actuación administrativa proclama el artículo 103.1 de la Constitución".

Tercera.- Conforme a lo expuesto, el núcleo central de la controversia que se somete a la consideración de la Sala, se centra en determinar si resulta o no o ajustada a derecho, la actuación de la Administración, en cuanto al desarrollo formal de la prueba, introduciendo el Tribunal Calificador, una vez celebrado el tercer ejercicio y antes de proceder a su corrección, los criterios de valoración.

Como hemos establecido anteriormente, el Anexo 15, al referirse al procedimiento de selección, respecto al tercer ejercicio (discutido), dice: "c) Tercer ejercicio: De carácter obligatorio y eliminatorio. Consistirá en la realización de un ejercicio escrito de carácter práctico que planteará el tribunal inmediatamente antes del comienzo del ejercicio, y que se referirá al temario específico incorporado al presente anexo. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el tribunal y será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener, al menos, 5 puntos. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cual será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de las cuestiones planteadas en el mismo".

Por tanto, visto su contenido, resulta evidente que el Tribunal no estaba autorizado en las Bases para fijar los criterios de calificación después de celebrado el ejercicio. En consecuencia, si la convocatoria no acota los criterios y reglas de valoración que deben respetarse en el procedimiento selectivo; y el Tribunal Calificador pretender fijarlos, tales criterios deben ser objeto de publicación para conocimiento de los aspirantes, esta es la postura que la moderna jurisprudencia impone, que los aspirantes conozcan de antemano los criterios de valoración de los ejercicios a realizar, pues de ese modo pueden actuar en consecuencia, administrando el tiempo y priorizando unas u otras cuestiones, o abordándolas con mayor o menor intensidad. : " se han de justificar los criterios observados, los cuales se deben establecer previamente a la celebración de las pruebas y dar a conocer a los aspirantes también con anterioridad a la misma[sentencias 1058/2016, de 11 de mayo (casación 1493/2015) y de 16 de diciembre de 2015 (casación 2803/2014)]". Esa exigencia de conocimiento previo por los aspirantes de los criterios de corrección o valoración fijados, constituye jurisprudencia reiterada, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (recurso de casación 1405/2004), seguida por las de 15 de diciembre de 2011 (RC 4298/2009), 18 de enero de 2012 (RC 1073/2009), 25 de junio de 2013 (RC 1490/2012), 20 de octubre de 2014 (RC 3093/2013), 18 de marzo de 2015 (RC 790/2014) y 21 de enero de 2016 (RC 4032/2014).

Ha de recordarse lo que respecto de la significación y finalidad del principio de transparencia declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 (casación núm. 1073/2009, reiterado en la posterior sentencia de 20 de octubre de 2014 (casación núm. 3093/2013):



"Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas".

Y en el caso de autos, los criterios de puntuación o calificación "generales" fueron establecidos en el Acta 21 del Tribunal Calificador, de 11 de abril de 2015, a cuyo tenor y a efectos de la cuestión debatida: "... Constituye el objeto de esta sesión, de conformidad con lo establecido tanto en las Bases Generales que regulan la presente convocatoria (art.36 a), como en la Base 3.1.c) de las específicas, la confección por parte el Tribunal del tercer ejercicio de carácter obligatorio y eliminatorio para todos los aspirantes previsto en éstas últimas, consistente en la realización de una prueba escrita de carácter práctico que planteará el Tribunal inmediatamente antes del comienzo del ejercicio, y que se referirá al temario de materias específicas recogidas en las bases específicas. El tiempo máximo de realización de este ejercicio será determinado por el Tribunal y será calificado de 0 a 10 puntos, siendo preciso para superarlo obtener, al menos, 5 puntos. Teniendo en cuenta el nivel de conocimientos de los aspirantes presentados y antes de conocer su identidad, se determinará cuál será la puntuación mínima exigida para obtener 5 puntos y aprobar el ejercicio, que en todo caso deberá ser siempre igual o superior a la mitad de las cuestiones planteadas en el mismo..."

Siendo con posterioridad a esta fecha que el Tribunal "concreta" esos criterios de valoración para el caso práctico, concretamente en al Acta 22 del Tribunal Calificador, del 13 de abril de 2015, 8,30 horas, obra al folio 405 del expediente, siendo su tenor: "... Constituye el objeto de esta sesión, el inicio de las tareas de corrección del tercer ejercicio realizado por los 116 aspirantes que concurrieron el pasado día 11 de abril de 2015 al llamamiento efectuado por el Tribunal y que consistió en una prueba escrita de carácter práctico sobre el temario de materias específicas recogidas en las bases de la convocatoria. Los miembros del Tribunal, en primer lugar elaboran los criterios de valoración de cada una de las preguntas que conforman el examen, y que se detalla en la plantilla que se adjunta como Anexo I al presente Acta, que sirve de base para la corrección de los ejercicios con carácter general e igual para todos ellos. En la misma se determina el valor otorgado a cada una de las cuestiones en función de su grado de dificultad, complejidad, subapartados, etc., buscando una calificación global equilibrada y proporcionada que garantice la selección más adecuada de los aspirantes para el puesto al que optan en función del ejercicio elaborado por el Tribunal para juzgarlos....". La plantilla de valoración de corrección del tercer ejercicio a que se





refiere el acta precedente obra al folio 409 del expediente. En ella, a las diversas preguntas y subapartados se les otorga una puntuación diversa entre 1, 0,5, 1,25, 1,5 puntos, sumando en total 16, con observaciones en algunas de ellas.

Lo que no cabe duda es que, si bien los criterios de corrección fueron aprobados, lo fueron de un modo general, ya que su concreción no se llevó a cabo hasta el 13 de abril de 2015, fecha posterior a la realización del examen, sin que conste fueran puestos en conocimiento de los aspirantes previamente a la realización del ejercicio cuestionado. En consecuencia no cabe mas que confirmar la Sentencia apelada.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la definición de los criterios aplicados por el Tribunal Calificador, al no estar amparados en lo establecido en las Bases de la Convocatoria, debe tener lugar, en todo caso, ex ante de las pruebas y no ex post y que a esa definición ex ante, debió darse la adecuada publicidad.

No puede entenderse como justificación, como se afirma por los apelantes, que el Tribunal ajustó su actuación en este tercer ejercicio a las Bases que regulan la presente convocatoria (ejercicio práctico consistente en la realización de un supuesto practico que se calificaría de 0 a 10 puntos). Y no puede, entenderse así, porque, con esta lectura, se prescinde y olvida que en definitiva no se calificó el ejercicio de un modo global como se preveía en la convocatoria, se estableció una valoración distinta para cada pregunta y subapartados; lo cual, es en principio contrario a la Base que ya indica cómo se debe valorar el ejercicio, de 0 a 10 puntos, en global y decía que era necesario obtener un mínimo de 5 puntos para superarlo.

Los fijados con posterioridad, son criterios de valoración y no solamente de simple corrección, estableciendo puntos o calificaciones diferentes para las distintas partes del supuesto práctico, atribuyendo puntuaciones diversas a las distintas respuestas.

El cumplimiento de las exigencias de publicidad y transparencia imponían la puesta en conocimiento previo a los candidatos de los criterios con arreglo a los cuales se iban a valorar y puntuar aquellos supuestos, tal como se advierte en la jurisprudencia antes expuesta.

Sobre esa necesidad de dar publicidad a los criterios de valoración, puntuación o corrección, previamente a la realización del ejercicio, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2015 (recurso de casación 790/2014), y las de 21 de enero de 2016 (RC 4032/2014) y 25 de octubre de 2016 (recurso 4034/2016).

Como dice la sentencia de 21 de enero de 2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: que la parte apelante cita: "no se trata de negar la posibilidad de que un Tribunal Calificador de un proceso selectivo pueda establecer criterios de corrección dando prevalencia a unas preguntas sobre otras en la valoración de las mismas, debidamente justificadas, sino que esa preferencia ha de constar a los opositores antes de la realización de la prueba, de tal suerte que estos puedan decidir la prioridad en su contestación, adaptando las respuestas a la relevancia de las cuestiones planteadas, impidiendo así que se produzca indefensión, y en este sentido recuerda la recurrente la





jurisprudencia sentada por esta Sala, citando la sentencia de 25 de junio de 2013, de 25 de junio (recaída en el recurso 1490/2012, con cita de otras anteriores como las de 27 de junio de 2008 (recurso números 1405/2004); 15 de diciembre de 2011 (Rº C. número 4298/2009); 18 de enero de 2012 (R.C. número 1073/2009), que sostiene que el principio de publicidad exige que los criterios de actuación del Tribunal Calificador sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes, pues solo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica. En el mismo sentido cita la sentencia de 21 de diciembre de 2011 o la de 20 de octubre de 2014 (R.C. 3093/2013) con cita de sentencias anteriores).

Al hilo de las alegaciones vertidas por los apelantes en sede de apelación, conviene aclarar que con ello no se trata del control de la discrecionalidad técnica del tribunal de selección, porque no se está revisando el núcleo material de la decisión, es decir, el estricto dictamen o juicio de valor técnico, sino fiscalizando los denominados "aledaños", o sea, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro lado, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Y de entre esos aledaños es fundamental destacar que los criterios de valoración o corrección no sólo han de ser fijados previamente por el tribunal calificador, sino que, en aras del cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, que han de regir en materia de función pública (artículo 55.2.a y b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), han de ser puestos en conocimiento de los aspirantes.

Resulta evidente que los principios de publicidad y transparencia, recogidos en el artículo 55.2.a y b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, exigen que dichos criterios sean conocidos previamente por los aspirantes que habían de realizar el ejercicio, pues la distinta valoración otorgada a cada una de las partes incuestionablemente condiciona la estrategia con que han de afrontar el examen así como el tiempo y dedicación a que habrá de destinar su esfuerzo a la hora de la realización del examen.

Inciendo en la necesidad de que, dentro del control de la discrecionalidad técnica, y en el ámbito de los aledaños, se apruebe y se de publicidad a los criterios de valoración y corrección previamente al ejercicio que ha de realizarse, la jurisprudencia se ha expresado nítidamente. Así, la STS de 6 de octubre de 2011 nos decía que "la fijación del criterio de valoración de un determinado mérito no forma parte de la discrecionalidad técnica de los órganos encargados de la selección del personal. La determinación de ese criterio, de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, es una actuación preparatoria de la decisión posterior que esa sí que sería fruto de la discrecionalidad técnica del órgano calificador cuyo núcleo, en cuanto expresión del saber especializado de los miembros de la Comisión no sería susceptible de fiscalización jurisdiccional".

Hasta hace no mucho la jurisprudencia permitía que los criterios de valoración o puntuación de los ejercicios se fijasen antes o después de la realización del ejercicio, siempre y cuando se salvaguardase el anonimato de los opositores, pero la





jurisprudencia más reciente impone que los aspirantes conozcan de antemano los criterios de valoración de los ejercicios a realizar; pues de este modo pueden actuar en consecuencia, administrando el tiempo y priorizando unas u otras cuestiones, o abordándolas con mayor o menor intensidad. Con arreglo a esa moderna jurisprudencia, la necesidad de determinar previamente los criterios de valoración está directamente conectada con el principio de publicidad y transparencia.

En consecuencia, esta Sala concluye que de conformidad con la jurisprudencia que se cita el Tribunal Calificador al valorar de distinta forma las respuestas a las cuestiones del caso práctico, sin previamente poner en conocimiento de los participantes en el proceso selectivo estos criterios de puntuación, produjo una irregularidad procedimental que causo indefensión al recurrente que no pudo adecuar la contestación de su examen a las distintas valoraciones de las preguntas, y por ello se ha de entender vulnerados los principios de transparencia y publicidad que deben presidir los procesos selectivos. Por tanto, se ha de convenir con la parte apelada que la Sentencia en cuanto a las afirmaciones apuntadas es conforme a derecho, en cuanto concluye que la valoración de la corrección debió ser fijada por el Tribunal del mismo modo y con la misma publicidad, con lectura del Secretario antes del inicio de la prueba, que las normas aprobadas a 11 abril 2015, antes de comenzar la realización del ejercicio, puesto que, además de lo dicho, supondría la posibilidad de adecuar el desarrollo del ejercicio por cada participante al valor que se daba a las respuestas por el Tribunal....”.

Esta Sección, en aras del principio de unidad de criterio, mantiene el que antecede, confirmando el pronunciamiento que al respecto se hace en la sentencia apelada, esto es, la anulación del tercer ejercicio de la oposición en cuanto a la calificación de “no apto”, asignada al actor, con los efectos que a continuación se dirá.

CUARTO.- La sentencia apelada, en segundo lugar, desestimó la impugnación de la corrección realizada por el Tribunal de las preguntas 6,5 y 11 del tercer ejercicio. Dicha impugnación también se hizo en el recurso nº 533/2015, pero en este caso el juzgador entendió que la respuesta dada por el recurrente a la cuestión 6,5 era correcta, dándole preferencia al criterio fijado por el perito de parte. En esa ocasión, la sentencia de apelación a que venimos haciendo referencia, confirma tal pronunciamiento en base a los siguientes argumentos:

“....A continuación, se invoca la aplicación incorrecta en la Sentencia apelada de las Bases Generales, concretamente de los apartados 36 a) y 52 y del Anexo 15 (apartado 3.1.c)) de la Convocatoria efectuada por el Ayuntamiento de Málaga para cubrir las 30 plazas de Bomberos y del artículo 55.2 del Estatuto Básico del empleado público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, todo ello respecto a la cuestión 6.5 del tercer ejercicio práctico; infringiendo la Doctrina Jurisprudencial que describe la discrecionalidad técnica de los Órganos de Selección. El Juzgado a quo sustituye el criterio técnico del órgano selectivo, que no es arbitrario, sino motivado y razonable, por el del Perito propuesto por el recurrente que asume como suyo, que resulta inexacto.

Prosiguiendo en nuestro análisis se ha de indicar que en orden a determinar los límites





de la inconcusa doctrina sobre la llamada "discrecionalidad técnica" de la que gozan los Tribunales de oposiciones o de valoración de conocimientos concretos, así como la evolución que ha sufrido la misma a la luz de la doctrina Jurisprudencial elaborada por nuestro Tribunal Supremo en los últimos años, es indiscutible la virtualidad que sigue teniendo la misma, pese a los cada vez más estrechos márgenes de lo que se viene a denominar el "núcleo material de la decisión técnica", e, incluso, el hecho de que tal doctrina afecta a la propia potestad Jurisdiccional que se actúa en un proceso como el que nos ocupa, (control de legalidad conforme a la exigencia Constitucional del artículo 106 de la "Lex Prima"), al comportar o reconocer "de facto" una parcela en cierta medida immune a dicho control lo que, podría suscitar recelos desde la óptica de la contrariedad al derecho a la tutela judicial que ha de ser efectiva, (artículo 24.1 de la Constitución).

Que esto es así lo confirma la propia doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que al pronunciarse sobre esta cuestión ya declaró, desde antaño, que en estos procesos "... la revisión Jurisdiccional experimenta determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o de certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación ... que podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado", (Sentencia del Tribunal Constitucional 353/1993, de 22 de Noviembre , dictada precisamente en un asunto referido a una discrepancia sobre el conocimiento de cuestiones jurídicas).

Estas consideraciones obligan a reducir la limitación de la potestad discrecional de que venimos haciendo mérito a aquéllos supuestos en que sea patente y manifiesto el error interpretativo sobre el que recae el juicio valorativo. Y es lo que ocurre en caso de autos, en la medida que la Sentencia de instancia efectúa una adecuada valoración de la prueba (que comparte esta Sala), así como una aplicación correcta de la jurisprudencia aplicable al caso. Pues efectivamente, tal como expone el Juez a quo en su Fundamento de Derecho Tercero: En cuanto a la segunda pregunta, la respuesta de la Administración también está motivada. Sin embargo, de los ejercicios realizados por los distintos partícipes en la oposición, se desprende que en la corrección hubo arbitrariedad, no debiendo olvidarse que, como dice la ya citada STS de 15 marzo 2013, la discrecionalidad exige "la ausencia de un criterio irracional, no justificado, o vulnerador del artículo 23.2 de la Constitución. Así, mientras que la respuesta del recurrente es calificada como fallo, se da por buenas las respuestas de otros partícipes -00097, 00054, 000113, respectivamente unidas en folios 97 y ss, 99 yss, y 270 y ss, - que ha simple vista se ve que son menos precisas, conclusión que corrobora la pericia practicada y oída en juicio, a instancia del recurrente, por [REDACTED] que a mayor abundamiento, respecto de la respuesta del recurrente dice: "Teniendo en cuenta que el problema en cuestión sólo tiene dos valoraciones, correcta o incorrecta, deberíamos indicar que cualquier solución que aplique de manera justificada la ley de Boyle y que se encuentre comprendida entre la mejor solución, 1.816,8 litros, y la más simplificada, 2.040 litros, debería darse como válida con los datos aportados en la prueba. La observación de que en la botella quedan 6.8 litros de aire, que no se pueden





extraer salvo con un equipo de vacío, podría considerarse despreciable porque afecta al resultado en menos de un 0.4%, cuando como hemos comentado serian admisibles variaciones de un 13% respecto a la mejor solución".

Entendemos que en el supuesto enjuiciado la prueba pericial practicada por el mismo perito, [REDACTED] – siguiendo la doctrina anterior -, avala sobradamente la corrección de las respuestas dadas por el demandante y por ello el recurso habrá de prosperar en este extremo.

QUINTO.- Por último nos hallamos con el alcance de los efectos retroactivos que se declaran en sentencia mandando el juzgador calificar de nuevo el tercer ejercicio realizado por todos los opositores – aptos y no aptos -, conforme a la puntuación señalada, y que ha sido objeto de apelación por los opositores perjudicados.

Pues bien, tal pronunciamiento excede de lo pedido por el actor en su demanda, debiendo dejarse sin efecto.

Este Tribunal entiende al respecto que habiendo la Sala confirmado en la sentencia transcrita el pronunciamiento que en supuesto idéntico hizo el titular del juzgado nº 5 de la Capital, hemos de seguir asumiéndolo, ordenando en unidad de criterio que continúen las distintas fases del proceso selectivo previstas en las bases de la convocatoria, y caso de superarlas todas ellas conformen dichas bases, reconozca que el recurrente ha superado el proceso selectivo y se declare su derecho a ser nombrado en la plaza de Bombero del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Málaga, con todos los efectos legales derivados de esa condición y con efectos retroactivos retroactivos al momento del nombramiento de los demás funcionarios aprobados en la oposición y curso de ingreso al que el recurrente concurrió.

SEXTO.- No siendo la presente resolución confirmatoria de la apelada no procede hacer imposición de costas en esta alzada, ni tampoco en la instancia al no estimarse en su integridad la demanda – art. 139 LJCA-.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar parcialmente los recursos de apelación planteados y en su virtud se anula la sentencia recurrida, declarando nulos los actos recurridos, ordenando a la Administración:

1. Que retrotraiga el proceso selectivo al momento de la calificación del 3 ejercicio del recurrente, declarando que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada.



2. Que se proceda a la rectificación de la valoración otorgada a las preguntas 6,5 y 11 del ejercicio número 3, considerando válidas y ajustadas a derecho las respuestas formuladas por el recurrente, y todo ello con adición de la nueva puntuación a la calificación definitiva del recurrente.

3. Que continúe las distintas fases del proceso selectivo previstas en las bases de la convocatoria y, caso de superarlas todas ellas conforme disponen dichas bases, reconozca que el recurrente ha superado el proceso selectivo y se declare su derecho a ser nombrado en la Plaza de Bombero del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Málaga, con todos los efectos legales derivados de esa condición y con efectos retroactivos al momento de nombramiento de los demás funcionarios aprobados en la oposición y curso de ingreso al que el recurrente concurrió.

4. Sin costas.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación. Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su notificación y ejecución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



