



SENTENCIA N° 1009/2020
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1552/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Dª. BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2ª

En la Ciudad de Málaga, a veintinueve de junio de dos mil veinte.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 2015/18, interpuesto en nombre de **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA** representado por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, por [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales Dª. Marta María Justicia del Río, y por [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales Dª. María José Rodríguez Padrón, contra la sentencia 153/2017, de 16 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Málaga, en el seno del procedimiento abreviado 532/15, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente Dª. Belén Sánchez Vallejo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo reseñado en el encabezamiento dictó sentencia 153/17, de 16 de mayo, en cuyo fallo estimó en parte el recurso interpuesto frente a las resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de fecha 5 de junio de 2015 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente al acuerdo del Tribunal Calificador de la convocatoria de 30 plazas de bomberos incluida en la oferta de empleo público del año 2008, acuerdo de fecha 5 de mayo de 2015 por la que se declara a [REDACTED] no apto por la no superación del tercer ejercicio de las pruebas selectivas.



SEGUNDO.- Por medio de sendos escritos de fecha de registro general 15 y 19 de febrero de 2018 las diferentes representaciones intervinientes interpusieron recurso de apelación contra dicha resolución, formulándose los motivos de impugnación frente a la citada resolución y solicitando su revocación.

TERCERO.- Luego que se tuvo por presentado el recurso se acordó su traslado a las apeladas, que se opusieron al recurso de apelación formulado de contrario impugnándolo por los motivos que en los mismos se exponen en extenso y que aquí se tiene por reproducidos.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida estimó en parte el recurso interpuesto frente a las resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de fecha 5 de junio de 2015 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente al acuerdo del Tribunal Calificador de la convocatoria de 30 plazas de bomberos incluida en la oferta de empleo público del año 2008; por la que se declara al recurrente no apto por la no superación del tercer ejercicio de las pruebas selectivas.

La sentencia de instancia considera que el Órgano de Selección no está facultado para establecer una puntuación diferenciada de cada una de las cuestiones o preguntas que integraban el tercer ejercicio práctico, ni dicha actuación estaba amparada en la discrecionalidad técnica reconocida a los órganos selectivos. A tales efectos, estima, tras invocar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso de autos, que la valoración de la corrección debió ser fijada por el Tribunal del mismo modo y con la misma publicidad. Si bien, opta el Juez a quo porque se retrotraigan las actuaciones del procedimiento de selección para que se celebre nuevamente el tercer ejercicio.

Frente a esta sentencia se alza la Administración demandada que sostiene que la sentencia apelada infringe 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 similares motivos la representación de [REDACTED] solicita igualmente la revocación de la Sentencia apelada y que se proceda a la desestimación íntegra del recurso contencioso administrativo interpuesto.

Por su parte la representación de [REDACTED] solicita la revocación parcial de la sentencia por cuanto la considera incurra por un lado, en incongruencia extra petita, al haber concedido algo no solicitado (se retrotraigan las actuaciones del procedimiento de selección para que se celebre nuevamente el tercer ejercicio), solicitando expresamente que se rectifique y modifique la valoración otorgada por el Tribunal calificador a las preguntas número 3, declarando que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sea de forma idéntica y proporcionada, así como todos sus subpartados...". Por otro lado, denuncia la incongruencia omisiva al no haberse pronunciado de manera expresa acerca de la corrección de las respuestas dadas por el aspirante a determinadas preguntas del tercer ejercicio.

SEGUNDO.- Recurso del Ayuntamiento y de [REDACTED]

Los recurrentes sostienen la corrección de la evaluación conforme a un criterio de flexibilidad apreciable por el órgano evaluador que atendería al grado de conocimiento de los aspirantes, asignando una puntuación diferenciada para las diversas cuestiones planteadas en función de su distinta complejidad, pues en otro caso se infringirían los principios de objetividad e igualdad al ofrecer una puntuación lineal al conjunto de los ejercicios de la prueba, posibilidad amparada por lo establecido en las bases de la convocatoria del proceso selectivo. La opción de valoración lineal comprometería de este modo la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores que comprende la gradación de la complejidad de las cuestiones objeto de evaluación.

Esta fórmula de puntuación diferenciada en atención a la distinta complejidad de las cuestiones, no es reprochable en abstracto, no obstante en el caso que se nos somete ya hemos dicho en sentencias como la de 18 de febrero de 2019 (rec. 859/16), que el problema radica en la omisión de publicidad previa del método evaluador, que hubiera permitido a los candidatos precaverse ante esta fórmula de evaluación, para acomodar la realización del ejercicio al distinto valor asignado a cada una de las cuestiones.

Ante esta situación, se ha optado por la Sala en la referida sentencia de 18 de febrero de 2019 por confirmar la solución en su momento ofrecida por el juzgado, y validar la prueba realizada correspondiente al tercer ejercicio del proceso selectivo, si bien ordenando la retroacción para su evaluación conforme a un criterio lineal en el que todas las cuestiones sean puntuadas con igual valor.



El sentido de la argumentación de la Sala resulta de lo razonado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 18 de febrero de 2019 que concluye que *“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.”*

Confirmando en última instancia la solución plasmada en la sentencia de primera instancia que en su momento fue apelada en la que se impone *“que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada, así como todos subapartados, y todo ello conforme al cuadro de valoración fijado en la Resolución Judicial, en su parte dispositiva.”*

Se entiende que es la solución que mejor se acomoda a las circunstancias del caso, en el que por inadvertencia debe entenderse que los opositores concurren al ejercicio en la natural presunción de que todas las preguntas tenían asignada la misma puntuación, acometiendo su desarrollo conforme a esta convicción, actuaron todos en igualdad de condiciones, y conforme a un canon de buena fe debe de mantenerse el ejercicio, pero ha de ser corregido conforme a un criterio igualitario y proporcional, pues en otro caso se haría pechar a los aspirantes de buena fe con las consecuencias adversas de la actuación irregular de la Administración, criterio que prevalece por este motivo sobre la discrecionalidad técnica que ha sido defectuosamente desplegada por el tribunal calificador, con infracción de los principios de publicidad y transparencia, lo que nos ubica en los márgenes de los *aledaños* de la potestad discrecional de evaluación técnica, y nos autoriza a ejercer un control de legalidad acotando los efectos de la anulación del proceso selectivo viciado, tal y como con profusión se ha razonado en la precedente sentencia de la Sala de constante referencia .

Lo hasta ahora razonado conduce a la desestimación del recurso de apelación planteado y a la confirmación de la sentencia de instancia conforme al criterio mantenido por la Sala que debe servir de soporte a la presente sentencia en base a razones inspiradas en el principio de seguridad jurídica y a la salvaguarda de la deseable uniformidad de criterios de los Tribunales.



TERCERO.- Recurso de [REDACTED]

Alega, en primer término, en este caso el recurrente la incongruencia extra petita, al haber concedido algo no solicitado (se retrotraigan las actuaciones del procedimiento de selección para que se celebre nuevamente el tercer ejercicio), solicitando expresamente que se rectifique y modifique la valoración otorgada por el Tribunal calificador a las preguntas número 3, declarando que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sea de forma idéntica y proporcionada, así como todos sus subapartados...". Y ya adelantamos, por los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Anterior, que vamos a acceder al primer motivo de apelación. Por razones de seguridad jurídica, vamos a acoger el criterio ya fijado por esta Sala, en Sentencia de fecha 18 de febrero de 2019, acordando *"que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada, así como todos subapartados, y todo ello conforme al cuadro de valoración fijado en la Resolución Judicial, en su parte dispositiva."* Por ello, en este punto sí vamos a estimar el recurso de apelación interpuesto.

Por otro lado, el recurrente denuncia que la sentencia apelada incurre en incongruencia omisiva por silencio al dejar impronunciada la pretensión ejercitada válidamente por el interesado de que se rectifique la valoración otorgada a determinadas preguntas del tercer ejercicio de la oposición realizado por el apelante.

Por lo que se refiere a la alegada incongruencia en la que se dice incursa la sentencia impugnada, debe indicarse que tal defecto de incongruencia omisiva ha de denunciarse por medio del cauce ordinario de complemento de sentencia previsto en el art. 267 LOPJ en relación con el art. 215.2 de LEC, de aplicación supletoria a nuestra jurisdicción (DF 1ª de LJCA), para que pueda tener acceso como tal motivo de impugnación autónoma a la apelación.

En este sentido recuerda el auto del TS de fecha 1 de marzo de 2017 haciéndose eco de la práctica jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo que *"Rectamente entendidas las anteriores normas permiten concluir que el legislador ha previsto un trámite específico para subsanar la incongruencia ex silentio, esto es, aquellas taras consistentes en dejar imprejuzgada una pretensión o sin respuesta los argumentos centrales que la sustentan. La interpretación de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, en relación con los artículos 31 y 33.1 LJCA, autoriza a entender que, tratándose del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los dos primeros contemplan tanto la falta de respuesta a una pretensión (bien la anulación o declaración de nulidad del acto o de la disposición impugnada -o su confirmación-, bien el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o la adopción de medidas adecuadas para su restablecimiento) como a los motivos que la fundamentan, siempre que la omisión sea manifiesta."* (...) *"La Sala Primera de este Tribunal Supremo, en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal e interpretando los artículos 469.2, 214 y*



215 LEC , considera que «[n]o será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia». Más en particular, sostiene que no cabe alegar «[l]a incongruencia como motivo de infracción procesal» denunciando «errores que pudieron subsanarse mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia» [Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, apartado I.1, página 3. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017]. Dicha Sala venía aplicando este criterio con anterioridad [vid, entre otros, los autos de 12 de enero de 2010 (recurso 1715/2008, FJ 2º; ES:TS:2010:83A) y 22 de marzo de 2011 (recurso 688/2010, FJ 3º; ES:TS :2011:2974A)].”

Lo anteriormente razonado serviría para desactivar el recurso de apelación planteado conforme a esta doctrina del Tribunal Supremo, dado que el recurrente en ningún momento intentó el complemento de la sentencia que se dice omisiva, no obstante, a efectos meramente dialécticos, se ha de precisar que no puede hablarse para este caso de una eventual incongruencia por omisión, por dejar impronunciadas cuestiones oportunamente ventiladas por la actora, debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue, cuando estudia aquel vicio de incongruencia omisiva, tres conceptos discernibles en el proceso contencioso-administrativo, que denomina "argumentos", "cuestiones" y "pretensiones". Es así, porque éstas, constituidas por la decisión o decisiones que la parte pide, tienen tras sí: primero, el motivo o motivos de impugnación (o de oposición), que expresan el vicio o vicios, la o las infracciones jurídicas que se imputan (o el obstáculo que impide acogerlas), y que constituyen, que pasan a ser la o las cuestiones planteadas; y, segundo, la argumentación jurídica, constituida por las razones que a juicio de la parte determinan el vicio o lo contrario. Y los distingue para afirmar que el deber de congruencia exige del juzgador que se pronuncie sobre las pretensiones y que analice las cuestiones; y para matizar que, en cambio, no sucede lo mismo con los argumentos, que sólo constituyen el discurrir lógico- jurídico de la parte y no imponen al juzgador el deber de responder a través de un discurso propio necesariamente paralelo, bastando con que el suyo sea adecuado y suficiente para resolver las cuestiones y decidir sobre las pretensiones.

En relación con el vicio de incongruencia denunciado, resulta oportuno recordar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (entre otros muchos en las sentencias 170/2002, de 30 de septiembre , 186/2002, de 14 de octubre, 6/2003, de 20 de enero, 91/2003, de 19 de mayo, 114/2003, de 16 de junio , 8/2004, de 9 febrero y 95/2005, de 13 de abril) acerca de que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que respecto a los alegatos no es preciso una

respuesta pormenorizada a todos ellos (SSTC 148/2003 , 8/2004 , de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita (STC 45/2003, de 3 de marzo). No es posible un fallo que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (SSTC 23/1996, 208/1996).

El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes siempre que con ello no se sustituya el hecho básico aducido como objeto de la pretensión (STS 17 de julio de 2003). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

En en nuestro caso esta incongruencia por omisión no existe por la sencilla razón de que la pretensión ejercitada es incompatible con el sentido de lo resuelto en la sentencia de instancia, que descarta de manera explícita esta posibilidad de evaluar individualmente la corrección de las respuestas del recurrente, y retrotrae las actuaciones para realizar nuevamente el tercer ejercicio. La sentencia del juzgado omite deliberadamente el enjuiciamiento del contenido y corrección de las respuestas, amparándose en un razonamiento que invoca los límites del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de los órganos calificadoros en las pruebas selectivas, y opta por devolver esta competencia a el tribunal calificador, para la celebración nuevamente del tercer ejercicio. No observamos en consecuencia el menor atisbo de incongruencia en la sentencia apelada.

CUARTO.- Por todo ello, el recurso de apelación debe ser estimado parcialmente a favor del recurrente, cuyo fallo queda con el siguiente contenido: se estima parcialmente el recurso interpuesto, anulando la resolución administrativa impugnada por no ser conforme a derecho y se ordena en cuanto al tercer ejercicio *que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada, así como todos subapartados, y todo ello conforme al cuadro de valoración fijado por el recurrente.*

QUINTO.- En materia de costas, estimado parcialmente el recurso de apelación de [REDACTED] no ha lugar a la imposición de costas. Respecto al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA y [REDACTED] [REDACTED] conforme al artículo 139.2 Ley 29/1998, las costas de este recurso se impondrán a la parte apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos en el ejercicio de la facultad prevista en el art. 139.3 de LJCA.





Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de EXCMO AYUNTAMIENTO DE MALAGA y [REDACTED] contra la sentencia de 16 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Málaga, que se confirma, con expresa imposición de las costas de esta apelación a cargo de las apelantes hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de [REDACTED] contra la sentencia de 16 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Málaga, que se revoca en parte, cuyo fallo queda con el siguiente contenido: "Se estima parcialmente el recurso interpuesto, anulando la resolución administrativa impugnada por no ser conforme a derecho y se ordena en cuanto al tercer ejercicio que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada, así como todos subapartados, y todo ello conforme al cuadro de valoración fijado por el recurrente." Estimado parcialmente el recurso de apelación, no ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes del procedimiento.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del art. 89.2 de LJCA .

Firme que sea remitase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

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





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



