

SENTENCIA N.º 720/20.
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1523/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D. ANTONIO JESÚS PÉREZ JIMÉNEZ

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

D. RAFAEL GARCÍA SALAZAR

En la ciudad de Málaga, a cuatro de junio de 2020.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el recurso de apelación núm. 1523/2017, dimanante del recurso contencioso-administrativo núm. 627/2015, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 7 de Málaga a instancia de [REDACTED] aquí apelante y apelado, representado por la Procuradora Sra. Ríos Padrón y asistido por la Letrada Sra. Verdugo Carrero, siendo parte demandada el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, que comparece en calidad de apelante y apelado, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos; habiendo intervenido también, como terceros interesados (codemandados), [REDACTED] aquí igualmente apelantes y apelados, representados por la Procuradora Sra. Justicia del Río y asistidos por el Letrado Sr. Sánchez Peña; se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Jesús Pérez Jiménez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación de [REDACTED] se interpuso en su día recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 24-07-2015 del Ayuntamiento de Málaga que desestimó el recurso de alzada planteado contra el Acuerdo del Tribunal Calificador (declarando no apto al recurrente, al no haber superado el tercer ejercicio de ese proceso selectivo) de la convocatoria para cubrir treinta plazas de bomberos, incluidas en la Oferta de Empleo Público del año 2008.

SEGUNDO. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 7 de Málaga dictó, en ese recurso tramitado con el núm. 627/2015, la Sentencia núm. 152/2017, de 16 de mayo de 2017, que estimó en parte el contencioso promovido.

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones del actor, de la Administración demandada y de los codemandados personados, siendo admitidos a trámite y dándose traslados recíprocos para formular oposición, lo que hizo el [REDACTED] tras lo cual se elevaron los autos y expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número de rollo 1523/2017.

CUARTO. No habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, quedaron las actuaciones, sin más, para deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar, previo señalamiento y designación de ponente, en la fecha fijada al efecto.

QUINTO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (L.J.C.A.).

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El objeto de esta alzada es la mentada sentencia de 16-05-2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 7 de Málaga, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo del [REDACTED] contra los actos señalados, ello en el sentido de anularlos y ordenar la retroacción del procedimiento de selección para que se celebre nuevamente el tercer ejercicio (práctico) de la fase de oposición.

Razona el juez de instancia que el Tribunal Calificador sí estaba facultado para establecer unos valores distintos de puntuación a las cuestiones sometidas del supuesto práctico del ejercicio, pero que, aun así, lo debió poner en conocimiento de los aspirantes antes realizar la prueba, lo que, omitido, invalida la misma, adoptando como solución la de que se retrotraiga el procedimiento para que se celebre nuevamente ese tercer ejercicio.

Lo recurre en apelación el actor, alegando incongruencia *extra petita* (porque fue más allá de lo pedido de que se declarase "... que la valoración de las 11 preguntas lo sea de forma idéntica y proporcionada, así como todos sus subapartados ...") y omisiva de la sentencia (porque no se pronunció sobre la también demandada "... rectificación de la valoración otorgada a las preguntas 4, 6.3, 6.5 y 11 ..., considerando válidas ... las

respuestas ... -del recurrente en su ejercicio-, así como se declare nula la pregunta número 9.1 por imposibilidad de realización ...»).

También apelan dicha sentencia el Ayuntamiento demandado y los terceros interesados que intervinieron como codemandados, bajo argumentación similar que, en definitiva, defiende la conformidad a Derecho de la actuación del Tribunal Calificador.

Así las cosas, por los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica e igualdad, esta Sala debe resolver aquí como ya ha hecho en supuestos casi idénticos referidos al mismo proceso selectivo, así ello en las Sentencias de 18-02-2019 (Rec. 859/2016), de 3-10-2019 (Rec. 2103/2016) y de 10-10-2019 (Rec. 2015/2018). Más en concreto, por ser la última, seguimos plenamente la línea de ésta de 10-10-2019, que, en cuanto a la primera -prioritaria- cuestión de las señaladas, dijo (F.D.2º):

<<... 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 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 causó 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 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 concurrieron 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 amulación 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 ...>>.

Por tanto, entendiendo la Sala, como el Juzgado, 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 ...", con la consecuencia de declarar "... que la valoración de las 11 preguntas (total 16 puntos) lo sean de forma idéntica y proporcionada ..." (F.D.1º de la misma sentencia transcrita), debemos estimar en parte la apelación del actor y desestimar las del Ayuntamiento demandado y codemandados personados, revocando la resolución judicial impugnada y estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto,



en el sentido de anular los actos recurridos y mandar que se retrotraiga el proceso selectivo al momento de la calificación del tercer ejercicio, con valoración de forma proporcionada, en los mismos términos, referidos ahora al aspirante [REDACTED] de lo acordado en la sentencia de instancia (17/2018, de 22 de enero, del Juzgado núm. 6 de Málaga, autos 531/2015) que confirmó la de este Tribunal (2942/2019, de 10 de octubre, Apelación 2015/2018).

En cuanto a lo restante de la apelación del actor, debe resolverse de igual modo que en esa tan traída sentencia de esta Sala de 10-10-2019, cuyos razonamientos, sobre argumentación semejante a la de aquí, son perfectamente aplicables (*mutatis mutandis*, teniendo en cuenta lo anterior) al supuesto de esta alzada:

<<... Alega en este caso el recurrente 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) y 22 de marzo de 2011 (recurso 688/2010, FJ 3º)]."

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 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 una nueva evaluación del tercer ejercicio conforme al criterio de igual valoración de todas las preguntas. 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 calificadores en las pruebas selectivas, y opta por devolver esta competencia al tribunal calificador, con la limitación ya expuesta de que la valoración de las respuestas lo sea con arreglo a un criterio igualitario y proporcional. No observamos en consecuencia el menor atisbo de incongruencia en la sentencia apelada ...>>.

SEGUNDO. Dado el sentir de esta resolución, y con arreglo al art. 139, 1 y 2, de la L.J.C.A., no procede hacer especial imposición, a ninguna de las partes, de las costas de primera ni de segunda instancia (significando, en cuanto a las de los recursos de apelación del Ayuntamiento demandado y de los codemandados personados que, aun desestimándose los mismos, tampoco se acoge la solución de la sentencia recurrida, lo que nos convence para no imponerlas a tales apelantes, por existir justificación para ello, según ese apartado 2 de la norma citada).

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de [REDACTED] contra la Sentencia núm. 152/2017, de 16-05-2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 7 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 627/2015, efectuando los siguientes pronunciamientos:

A) Revocar y declarar sin efecto dicha sentencia apelada.

B) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Romero Gómez contra los actos señalados en el Antecedente de Hecho Primero, que se anulan y dejan sin efecto, por contrarios a Derecho, mandando retrotraer el proceso selectivo al momento de la calificación del tercer ejercicio, para que la valoración de las

preguntas del mismo lo sean de forma proporcionada, en los mismos términos en que se acordó por la sentencia de instancia que confirmó la de esta Sala de 10-10-2019 dictada en la Apelación 2015/2018.

2.- Desestimar, en lo demás, el recurso de apelación de [REDACTED].

3.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las representaciones del Excmo. Ayuntamiento de Málaga y de [REDACTED].

4.- No hacer imposición de las costas de los recursos de apelación ni de las de la primera instancia.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, 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 artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundara en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente sentencia a través del escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del referido cuerpo legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 7 de Málaga 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 el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el(la) Letrado(a) de la Administración de Justicia. Doy fe. -



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



