



Roj: **STS 6312/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6312**

Id Cendoj: **28079130072009100468**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **29/07/2009**

Nº de Recurso: **6810/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3767/2004,**
STS 6312/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de dos mil nueve

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 6810/2004 ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Miguel Ángel , representado por la Procuradora doña Almudena Delgado Gordo, contra la sentencia de 26 de mayo de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso- administrativo núm. 56/2002).

Siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"FALLAMOS:

Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Miguel Ángel , contra la resolución de fecha de 2 de noviembre de 2001 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por la que se hace público el listado de aprobados definitivos en la fase de oposición del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, acto que anulamos por no ser conforme al ordenamiento jurídico, debiéndose dictar nuevo acto en el que se motive debidamente la exclusión del recurrente en dicha fase de oposición; sin costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación don Miguel Ángel se promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, la representación de don Miguel Ángel presentó su escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

"(...) dicte Sentencia declarando haber lugar a la casación y resolviendo lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate y condenando a la recurrida a las costas causadas en las dos instancias, (...)".

CUARTO.- La representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, en el trámite de oposición que le fue conferido, pidió:

"dicte sentencia declarando no haber lugar a este recurso".



SEXTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 15 de julio de 2009 .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente en esta casación, don Miguel Ángel , participó en las pruebas selectivas convocadas para ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, Escalas Masculina y Femenina, convocadas por Orden de 10 de mayo de 2001 del Ministerio del Interior, cuyo Anexo V, dedicado al *Cuadro de exclusiones médicas* , relacionaba entre éstas la siguiente:

"Otros procesos patológicos:

Enfermedades transmisibles en actividad, hemopatías graves, malformaciones congénitas y otras patologías, de cualquier aparato o sistema, que limiten, o dificulten a juicio del Tribunal el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Penitenciarías".

La resolución de 2 de noviembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias hizo público el listado de aprobados definitivos en la fase de oposición, sin que en el mismo figurara el Sr. Miguel Ángel .

La razón de lo anterior, según señala la sentencia recurrida, fue haber sido declarado no apto en la prueba de aptitud médica que constituía el tercer ejercicio de la fase de oposición, y esto por haberse constatado que presentaba infección por **VIH**/SIDA y considerarse que este padecimiento era encuadrable dentro de esas enfermedades transmisibles por actividad que limitan o dificultan el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Penitenciarías.

El Sr. Miguel Ángel promovió el proceso de instancia contra esta última resolución y fue estimado en parte por la sentencia de instancia, pues esta anula el acto administrativo impugnado para que se dicte uno nuevo *en el que se motive debidamente la exclusión del recurrente en dicha fase de oposición.*

Los argumentos principales con que dicha sentencia funda su pronunciamiento figuran en su fundamento de derecho (FJ) VI y son estos dos que continúan.

Por un lado, declara que la Administración se limitó a considerar la infección por **VIH** como una enfermedad transmisible y a valorar sin más que la misma podía limitar o dificultar las tareas propias del Cuerpo al que se pretendía acceder, pero en ningún momento tuvo en cuenta las circunstancias concretas de la enfermedad, ni valoró individualizadamente el potencial del impacto físico y mental de la infección.

Por otro, señala que tampoco el recurrente había acreditado suficientemente que la enfermedad que padece no constituye obstáculo alguno para el ingreso por él pretendido (este argumento es el que le llevó a estimar tan sólo en parte el recurso jurisdiccional).

Ese deber de motivación que el fallo de la sentencia recurrida impone a la Administración es explicado por la Sala "a quo", en ese mismo FJ VI, con estas palabras:

"(...) la Administración silencia el "como", "cuando" y "en que circunstancias" la enfermedad puede afectar al desempeño de las tareas propias del cargo o cual sería el riesgo de contagio para los internos del Centro penitenciario o para el resto de funcionarios.

Es evidente que ese riesgo es mayor en aquellas actividades en las que por la propia naturaleza de las tareas que se desempeñen exigen un mayor contacto físico que otras. En nuestro caso, se prescinde de toda explicación o razonamiento, y nada se dice al respecto. Tal vez las funciones propias de los Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, al estar muy en contacto con los internos puedan generar algún tipo de riesgo de transmisión, pero ello ni se explica ni se razona por la Administración.

*La consecuencia de todo ello, es que debe anularse la resolución impugnada a fin de que por la Administración se motive debidamente por qué y hasta que punto, no la infección de **VIH** en general, sino en concreto, la padecida por el Sr. Miguel Ángel , le limita o dificulta para el desempeño de las taras propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarías".*

Además, y por lo que hace a esa necesidad de individualizar en cada persona el impacto que sobre ella pueda tener la infección por **VIH**, la sentencia recurrida se apoya en el Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida (Ministerio de Sanidad y Consumo) que fue aportado a las actuaciones y que, respecto a las características o notas de dicha infección, decía (como recoge la sentencia en su FJ V), entre otras cosas, lo siguiente:



"La infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social.

Los mecanismos de transmisión del VIH son bien conocidos: relaciones sexuales con penetración sin protección, inoculación de productos sanguíneos con el VIH o transmisión materno-fetal.

La valoración del potencial impacto físico y mental de la infección por VIH, ésta debe de ser individualizada para cada paciente.

(...) es una enfermedad crónica y desde la adquisición de la misma pueden transcurrir muchos años y a lo largo de este período pueden ocurrir distintos acontecimientos relacionados con la propia infección por VIH, o con el tratamiento que dicha infección requiere.

(...) la infección por VIH puede ocasionar, no en todos los individuos, déficits funcionales bajo el punto de vista físico y mental.

Puede producir: astenia, debilidad muscular, encefalopatía, patologías del sistema nervioso periférico, etc.... todas ellas pueden causar una disminución de la capacidad física y mental, pero, en su mayoría, suelen ser transitorias y no interferirían en el desarrollo de sus funciones laborales más que otras enfermedades concurrentes en la vida profesional de un trabajador.

(...) el tratamiento antirretroviral al que están abocados la mayoría de los enfermos por VIH, puede producir también algunos efectos secundarios que, circunstancialmente, pueden limitar la actividad física de un trabajador, pero -al igual que en el párrafo anterior- dichos acontecimientos suelen ser autolimitados, pueden desaparecer simplemente con el cambio de tratamiento antirretroviral y, desde luego, han de interpretarse como las mismas alteraciones que pueden causar el tratamiento de una enfermedad crónica (diabetes, hipertensión, artritis, etc...).

SEGUNDO.- El actual recurso de casación, interpuesto también por don Miguel Ángel , se apoya en dos motivos.

I. El primero de esos motivos, amparado en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), denuncia la infracción de los artículos 67.1, 70.2 y 71 .b) de ese mismo texto legal.

La idea principal con que se quiere sostener este reproche viene a ser la siguiente: que en el proceso de instancia el recurrente no sólo pidió la anulación, puesto que reivindicó también el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que se especificó en el " *petitum*" de la demanda; y esto hace que ese pronunciamiento de simple estimación parcial, contenido en el fallo de la sentencia recurrida, equivalga a haber dejado sin decidir todas las cuestiones que fueron controvertidas en el proceso.

Esa idea principal se desarrolla a través de estas concretas críticas dirigidas a los FFJJ de la sentencia.

Hay una primera censura que está referida a esas dos declaraciones del FJ VI que, por un lado, imputaron al recurrente no haber acreditado debidamente que su enfermedad no constituyera obstáculo para el ingreso en el Cuerpo a que opositaba y, por otro, señalaron que tampoco la Administración tuvo en cuenta las circunstancias concretas de la enfermedad.

Esta censura se pretende justificar con el razonamiento de que esos asertos de la sentencia recurrida resultan desmentidos por lo que aparece en el Certificado de la Dra. María Antonieta , aportado como documento en el ramo de prueba del proceso de instancia, en el que se indica que la patología objeto de polémica no constituye enfermedad transmisible ni limitativa a nivel de actividad laboral, y con el criterio del recurrente de que a dicho documento se le debe atribuir el valor probatorio que para los documentos públicos se establece en los artículos 317.5, 318 y 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Y la consecuencia que de ella pretende extraerse es que, a través de ese certificado, en contra de lo que declaró la sentencia recurrida, lo que resulta es que el recurrente sí tiene acreditado que la enfermedad que sufre no constituye obstáculo para el ingreso en el Cuerpo al que opositó.

Hay una segunda crítica que combate especialmente esa evidencia de mayor riesgo de transmisión del VIH que la sentencia de instancia ponderó respecto de las actividades que conllevan un contacto con la población reclusa.

Para sostenerla se dice que ese potencial riesgo no resulta compatible con esa declaración del Informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el Sida sobre que *"la infección por VIH en sí misma no representa ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o socia"*.



II. El segundo motivo de casación, deducido por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA , denuncia la infracción de las siguientes normas o preceptos: el artículo 14 de la Constitución; los artículos 30, 14, 17 y 53 de la de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Lo que se aduce para justificar este reproche es que la exclusión de que ha sido objeto el recurrente en el proceso selectivo litigioso comporta una injustificada discriminación contraria a lo que proclaman todas esas normas que se invocan como infringidas.

Y para reforzar lo anterior se invoca, así mismo, el artículo 21 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la doctrina contenida en varias sentencias del Tribunal Constitucional (se citan las SsTC 148/1986, 38/1986 y 166/1988) y en la sentencia de 20 de octubre de 2004 de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo .

TERCERO.- La decisión de lo que suscitan esos motivos de casación lo primero que exige es delimitar claramente que el principal punto de debate del litigio en la instancia no fue determinar si el recurrente padece o no la infección **VIH/SIDA** que le fue apreciada como causa de su exclusión del proceso selectivo, pues este es un hecho que dicho litigante no ha puesto en duda.

La cuestión principal del litigio era esta otra: determinar si esa infección merecía la calificación de enfermedad transmisible en el entorno profesional donde deben de ser desarrollados los cometidos propios del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Profesionales, y esto a los efectos de valorar si fue o no correcta la solución que fue seguida por la Administración en los actos que fueron objeto de impugnación en el proceso de instancia.

La puntualización anterior exige, a su vez, las siguientes consideraciones complementarias:

1.- La valoración de si una dolencia es o no invalidante en términos profesionales para los cometidos propios del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias debe esta presidida por el criterio principal que significa garantizar al interno de cualquier establecimiento penitenciario, con la mayor amplitud posible, el reconocimiento del derecho de protección a la salud que proclama el artículo 43.1 de la Constitución.

Reconocimiento que impone a los poderes públicos la ineludible obligación de evitar cualquier medida o forma de organización administrativa que, aunque lo sea en grado mínimo, pueda significar un riesgo para la salud de esos internos.

2.- Lo anterior explica y justifica que la Administración actué con el debido rigor en la aplicación del Cuadro Médico de Exclusiones Médicas que rige en el proceso selectivo de que aquí se trata, pero esta obligada cautela debe cohonestarla con el derecho que asiste al recurrente a que su exclusión, por tratarse de un acto limitativo, esté debidamente motivado de conformidad con lo establecido en el artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

Y esta motivación para que resulte suficiente lo que exige es que la Administración demandada, sin perjuicio de recabar los informes técnicos que juzgue necesarios, deberá incluir los siguientes elementos: (a) alcance de la infección del recurrente en cuanto a su transmisibilidad y contagio; y (b) descripción de los cometidos profesionales que son propios de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, con especial expresión de aquellas actividades que puedan traducirse en un contacto físico con el interno y signifiquen por ello un riesgo de transmisión de la infección **VIH/SIDA**.

3.- La decisión de la Sala de instancia fue por ello acertada, al haber procedido de la manera que ha sido indicada, y sin que pueda considerarse arbitraria esa ponderación que hace, en términos dialécticos, de una posibilidad de mayor riesgo de contagio en el ejercicio profesional que incumbe a los funcionarios penitenciarios en razón del contacto con los internos que se puede derivar de ese ejercicio.

Esa posibilidad apreciada tiene un fundamento de razonabilidad que descarta la arbitrariedad, pues tanto la necesidad de reducir a algún interno mediante el contacto físico, como la posibilidad de que en esa operación se produzcan erosiones físicas o heridas, no puede valorarse como una hipótesis improbable o absurda.

CUARTO.- Las consideraciones que anteceden hacen que no pueda ser compartido ninguno de los reproches que son realizados en los motivos de casación.

Por lo que se refiere a lo aducido en el primer motivo, debe decirse que tanto el certificado de Doña. María Antonieta como el Informe de la Secretaría del Plan Nacional del Sida que en dicho motivo se invocan, permiten formar una convicción sobre las posibilidades laborales que en términos generales corresponden a quienes sufren la infección por **VIH/SIDA**, pero no justifican una conclusión sobre si esa inicial aptitud laboral resulta inequívocamente compatible con los específicos cometidos profesionales que tienen asignados los funcionarios del Cuerpo de Ayudantes Instituciones Penitenciarias y, muy especialmente, con las singulares circunstancias de los establecimientos donde tienen que desarrollar aquellos cometidos.



A ello debe sumarse que una y otra prueba, en cuanto al juicio técnico que emiten sobre la infección VIH a los efectos de aptitud laboral, tienen el carácter de prueba pericial y no de prueba documental, por lo que la aceptación de las conclusiones que a dichos efectos incluyen uno u otro dictamen no era obligada para el órgano jurisdiccional (como parece pretender el recurso de casación).

Y la consecuencia que se deriva de todo lo anterior es que la Sala de instancia, al haber valorado esas pruebas de manera diferente a como pretendía la parte recurrente (en lo que se refiere a la concreta cuestión de la específica aptitud para ser funcionario del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias, y no en lo relativo a la aptitud para otras profesiones distintas), no dejó de decidir las cuestiones que fueron sometidas a su enjuiciamiento. Lo que hizo fue resolverla en términos no totalmente coincidentes con la pretensión de la demanda.

En cuanto a lo aducido en segundo motivo de casación, la singularidad que presenta el cometido profesional de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, según resulta de lo que se ha venido exponiendo, impide que pueda ser valorada como una injustificada discriminación el distinto criterio que respecto de ellos pueda establecerse en cuanto a la específica aptitud profesional que les resulta exigible.

QUINTO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, pero sin imposición de costas a la parte recurrente.

Respecto de esto último, debe decirse que la pretensión del recurrente, aunque no merezca ser acogida por lo que se ha venido exponiendo, sí ofrecía un planteamiento razonable que justifica aplicar la excepción de la no imposición que autoriza el artículo 139.2 LJCA .

FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Miguel Ángel contra la sentencia de 26 de mayo de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 56/2002).

2.- No hacer pronunciamiento sobre las costas correspondientes a esta fase de casación .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo** _____

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 20/10/2009

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Jose Diaz Delgado en la sentencia de fecha 29 de julio de 2009, dictada en el recurso de casación número 6810/2004 .

Discrepo con todo respeto del voto mayoritario por los siguientes motivos:

Primero.- Entiendo que, salvo casos excepcionales, especialmente en materia de concurrencia selectiva, sólo puede acordarse la retroacción de actuaciones a instancia de la parte que las ha padecido.

Concorre además en el presente caso la circunstancia de que la petición de retroacción no fue solicitada por la recurrente en el recurso previo, que decididamente solicita un pronunciamiento sobre fondo, abandonando cualquier posibilidad de retrotraerlo, sino que ni siquiera fue alegado en la contestación a la demanda, ni como posibilidad subsidiaria.

Sin entrar en determinar si la motivación es un requisito de forma de los actos administrativos o no, (la ley 30/1992 , L. R.J.A.P.P.A.C parece inclinarse por la ultima solución, al regular el requisito de la motivación en el artículo 54 y la forma de los actos en otro distinto, el 55), y admitiendo que los vicios invalidantes de un acto puedan dar lugar a la retroacción de actuaciones, si producen indefensión, son los titulares de la posibilidad de alegar tales defectos los interesados que los han sufrido y nunca quienes los causan. Y así lo dispone claramente el artículo 110.3 de la citada ley 30/1992 cuando establece que "los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado". En otras palabras, únicamente puede alegar tales defectos y solicitar en su caso la retroacción de actuaciones, quien los ha sufrido. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de esta Sala de fecha 20 de octubre de 2005 .

Es verdad que a veces, cuando nos encontramos con procedimientos iniciados a instancia de parte, y especialmente en procedimientos selectivos o en concurrencia, la sentencia anulatoria no puede sustituir el acto administrativo, porque la decisión de este tiene carácter constitutivo del derecho, o por la existencia de



terceros interesados que pudieran ser perjudicados, por lo que necesariamente ha de acordar la retroacción de actuaciones. Y en este sentido se pronuncia la sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 2004 o de 22 de abril de 2005 (adjudicación de un contrato), o de 24 de junio de 2004 (adjudicación de un servicio público). Pero cuando no se da la circunstancia de que el Tribunal no puede estimar la pretensión ejercitada, sin sustituir a la Administración en las potestades exclusivamente a ella reservadas, la declaración de nulidad o anulación de un acto administrativo no tiene que conllevar una retroacción de actuaciones. Así se mantiene en la sentencia de este Tribunal de 16 de marzo de 1996, con cita de las de 11 de noviembre de 1993, 21 de junio de 1994, 18 de abril y 8 de noviembre de 1995, en relación con la anulación de expedientes expropiatorios. En otras ocasiones este Tribunal se ha pronunciado a favor de la retroacción de actuaciones, sólo cuando lo solicita la parte que ha sufrido el perjuicio (sentencia de 1 de abril de 2002 o de 30 de septiembre de 2004, entre otras).

Segundo.- La retroacción de actuaciones vulnera en este caso el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Puede que quien ha padecido un vicio invalidante, en aras del principio de tutela judicial efectiva, que exige un pronunciamiento judicial en un tiempo razonable, prescindir de la alegación de tales vicios y solicitar una resolución de fondo, sin perjuicio de la carga de la prueba que le corresponda en relación con esta última pretensión.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de septiembre de 1995 considera que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución la sentencia que declaraba inadmisibile, por falta de acto administrativo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1999 desestima un recurso en interés de Ley que entiende que la retroacción efectuada por la Administración Pública, en este caso el Tribunal Económico-Administrativo, sin solicitud de parte vulnera el artículo 103.1 de la Constitución, sin que sea admisible la posibilidad de que la Administración pueda repetir indefinidamente su actuación "hasta que alguna vez acierte", tesis que se reitera en la sentencia de este Tribunal de 26 de enero de 2002, en la de 30 de septiembre de 2005, donde se mantiene que no está entre las posibilidades que para la sentencia otorga el artículo 84 de la Ley Jurisdiccional, o en las sentencias de 20 de enero, 15 de febrero o 14 de mayo de 2004 donde se sostiene que la ausencia de informe del Consejo de Estado en reclamaciones de responsabilidad no puede suponer la nulidad de actuaciones para lograr que este se pronuncie, sino que dice la última, recordando la sentencia del mismo Tribunal de 30 de septiembre de 1995, que "el régimen de impugnación de las resoluciones presuntas no consiente, como solución, la nulidad de actuaciones y la retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los requisitos y tramites omitidos, sino que exige el pronunciamiento de las pretensiones indemnizatorias planteadas".

Con mayor motivo, si en el caso de un informe preceptivo, como sostiene en este punto además la ley 30/1992, se puede recurrir el acto y el órgano judicial esta obligado a resolver el fondo del asunto, en el presente caso dicha solución se imponía pues no estábamos ante la ausencia de un informe preceptivo, sino ante la deficiente motivación de este. En consecuencia, se vulnera por la solución dada por la sentencia recurrida, el derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable, con conculcación del artículo 24.1 de la Constitución y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto, al plazo transcurrido de 8 años, habrá que añadir además otro plazo similar al menos, sin que además el hecho de ordenar a la Administración que se motive el acto, al tratarse de una obligación de hacer no sustituible no garantiza en modo alguno que el acto efectivamente vaya a ser motivado, el principio de interdicción del "non liquet" y el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispone que los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

El artículo 68 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no prevé entre las distintas posibilidades de la sentencia la de la retroacción de actuaciones, salvo en el caso en que lo solicite la parte, en cuyo caso dicha retroacción se convierte en una estimación de la pretensión.

Por ello entiendo que la sentencia recurrida debió estimar o desestimar en su caso el recurso contencioso-administrativo, y que en consecuencia debería estimarse el primer motivo de casación, alegado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 67.1, 70.2 y 71 b) de dicha Ley, anulando por incongruencia "extra petita" la sentencia y dictando en su lugar otra sobre el fondo del recurso contencioso-administrativo, de carácter estimatorio del recurso, habida cuenta que nos encontramos ante un acto restrictivo que debería haber sido motivado y la sentencia recurrida entiende que no lo ha sido. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que una vez ingresado el recurrente en el cuerpo de funcionarios de



prisiones, si la enfermedad es incompatible con el ejercicio de su cargo la Administración pudiera declarar su incapacidad, si ello procediere.

D. Jose Diaz Delgado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ