



Roj: **STSJ EXT 284/2016 - ECLI:ES:TSJEXT:2016:284**

Id Cendoj: **10037330012016100143**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **21/2016**

Nº de Resolución: **52/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **RAIMUNDO PRADO BERNABEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD CACERES

SENTENCIA: 00052/2016

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA Nº 52

PRESIDENTE:

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO/

En Cáceres a treinta y uno de Marzo de dos mil dieciséis.

Visto el recurso de apelación nº **21** de **2016** interpuesto por la apelante, María Dolores , siendo apelados SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD, Catalina , Genoveva , Noemi Y Segismundo contra la sentencia nº 146/15 de fecha 01/12/2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 306/14, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Mérida .-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Mérida se remitió a esta Sala recurso contencioso- administrativo nº 306/14, Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 146/15 de fecha 01/12/2015.

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte apelante, dando traslado a la representación de la parte apelada aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-



Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. **RAIMUNDO PRADO BERNABEU**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se somete a examen de la Sala a través de Recurso de apelación, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Mérida y recaída en materia de concursos-Oposiciones.

Se aceptan los hechos y Fundamentos de la Sentencia apelada, salvo que contradigan los que a continuación se expondrán.

SEGUNDO .- En un reiterativo y algo confuso escrito de apelación de más de 35 folios, la Recurrente insta la anulación de la Sentencia de Instancia, solicita un recibimiento a prueba, se impugnan documentos y se solicita una prueba pericial. Pide celebración de vista y de conclusiones, la imposición en costas, además de adjuntar un "documento explicativo de la impugnación del concurso de méritos". Por su parte tanto la Letrada de la Junta de Extremadura como el resto de interesados codemandados, instan la desestimación del Recurso con condena en costas. Así como también la inadmisión del recibimiento a prueba pedido. Comenzando por la primera cuestión, la Sala entiende innecesaria la prueba solicitada. En autos existen medios probatorios suficientes para resolver los motivos del Recurso. No debemos olvidar que el mismo se interpone contra la resolución que hace pública la relación definitiva de aprobados. Así pues no existe inconveniente en examinar tanto la fase de oposición como la de concurso. (Así se deduce de la base 8.2) Ahora bien, eso es una cosa y otra que deba practicarse una nueva prueba en un asunto que entendemos no es necesario por lo que luego se dirá. Siempre además dando por sentado que únicamente podrán examinarse aquellas cuestiones que afecten directamente a la Sra. María Dolores . (Aquellas que constituyen su interés legítimo para recurrir). No aquellas otras que ni le perjudican ni benefician y que en todo caso constituirían simple defensa de la legalidad, ni aquellas otras que son objeto de examen en procedimientos diferentes. Comenzando por los motivos de recurso, no está demás indicar que, es exigible que el recurso de apelación, contenga una crítica de la Sentencia 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 1.988 y 11 de marzo de 1,991 , 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 1.998, 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 2.000 destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la 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)". Decimos lo anterior, ya que en realidad, la Recurrente vuelve a esgrimir, los mismos motivos que han sido resueltos en Derecho por la Magistrado. No indica de manera concreta y específica, en qué consisten los posibles errores de la Sentencia, sino que vuelve a dar su versión y visión subjetiva de lo acaecido. Por tanto, lo que en realidad pretende es un nuevo pronunciamiento de este Tribunal sobre las diversas cuestiones ya planteadas y resueltas jurídicamente en instancia. En tal sentido debemos convenir en esencia con la argumentación de la Magistrado. No obstante, esta Sala volverá a exponer y centrar las cuestiones debatidas con mayor precisión si aún cabe.



TERCERO .- Con Respecto, a la calificación y contenido de las preguntas, la última doctrina del Supremo, ha señalado que uno de los límites que, entre otros, afectan a la llamada discrecionalidad técnica es el referido a la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo test.

Doctrina que consiste en señalar que ese límite no forma parte del núcleo de la discrecionalidad técnica y, por ello, puede ser objeto de control jurisdiccional.

La sentencia de 18 de mayo de 2007) (recurso 4793/2000) es expresiva de la posibilidad de ese control jurisdiccional sobre las exigencias que son exigibles las pruebas de tipo test, y se expresa así: "Es cierto que la jurisprudencia refiere esa discrecionalidad técnica a aquellas constataciones de cualidades o datos que han de realizarse mediante valoraciones guiadas por los parámetros o criterios que son propios de un saber especializado y, simultáneamente, viene reconociendo la improcedencia de la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos que estén situados dentro del margen de polémica sobre la solución correcta que se estima tolerable por los expertos del correspondiente sector de ese saber especializado.

Como también lo es que el error evidente y la arbitrariedad son los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional.

Todo lo cual equivale a declarar que caen fuera del ámbito de dicha discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados.....Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse"....A lo ya dicho debe añadirse la doctrina que esta Sala ha declarado sobre las exigencias que han de cumplir las pruebas tipo test para que puedan tenerse por válidas pues los opositores tienen derecho a ser calificados según sus méritos y capacidades, art. 103 CEA lo ya dicho debe añadirse la doctrina que esta Sala ha declarado sobre las exigencias que han de cumplir las pruebas tipo test para que puedan tenerse por válidas pues los opositores tienen derecho a ser calificados según sus méritos y capacidades, art. 103 CE .

Consiste, en síntesis, en que, de la misma manera que al aspirante no se le permite ningún desarrollo explicativo de las razones de su opción, también habrá de existir una inequívoca correspondencia entre la pregunta formulada y la respuesta que se declare correcta entre las distintas alternativas enunciadas.

Lo relevante es que la pregunta no podrá incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el Tribunal Calificador.

Por ello cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación. Así esta Sala y Sección en su STS de 16 de febrero de 2011), recurso de casación 1473/2008 , estimó un recurso de casación y, posteriormente, el recurso contencioso administrativo ante la confusión a que conducía la pregunta formulada". A lo anterior, debe indicarse que esta Sala tampoco desconoce el contenido de la Sentencia del TS de fecha 14 de septiembre de 2009 . Pues bien, partiendo de lo anterior y con independencia de aquellas preguntas que en su momento el Tribunal, anuló, no llegamos a comprender bien, cuáles son las concretas preguntas que no han sido bien calificadas o que entrañaban diversas soluciones. Cuestión diferente, es ese cúmulo de posibles irregularidades y presunciones de posible conocimiento por el resto de opositores de determinadas preguntas. Pues bien, aparte de convenir con el informe presentado y relativo a la escasa diferencia entre las notas obtenidas, notas que no demuestran que se conociesen en su integridad ni mucho menos, aparte lo anterior, debe ser traída a colación por su íntima conexión, lo resuelto por este Tribunal en Sentencia de 9 de febrero de 2016 . Allí en relación con estas circunstancias se dice: " en cuanto a las irregularidades, hacemos nuestros los razonamientos del juzgador insistiendo en que no existe prueba suficiente de las irregularidades alegadas siendo la pericial aportada un mero estudio de un matemático que fue valorado razonablemente por la juzgadora entendiendo que se desacreditaba por la otra pericial efectuada por un estadístico. En efecto es al conocer las notas definitivas cuando aduciendo la falta de especialidad del Tribunal Calificador o la poca garantía que, a su juicio, ofrecía el proceso selectivo, cuando esas circunstancias hubieran debido ponerse de manifiesto, en su caso, a través de la impugnación de las bases de la convocatoria al contenerse en ellas detalladamente la composición de los Tribunales así como la forma en que habrían de desarrollarse materialmente las pruebas selectivas. Son estas cuestiones que, una vez conocidas por el actor y consentidas al no haber interpuesto recurso contra las bases de la convocatoria, no pueden posteriormente cuestionarse pues han devenido firmes y consentidas, según reiterada jurisprudencia.

Sin perjuicio de esa apreciación formal, hay que concluir con la Administración que el examen de la composición del Tribunal y del proceso de selección que se diseña en las bases está vedado en el momento procesal en que nos encontramos como también lo estaba cuando el hoy actor lo pone de manifiesto en vía administrativa, una vez ya las bases eran firmes por no haberse atacado en tiempo y forma como se preveía



en la norma final donde se indicaban los medios de impugnación que contra ella cabían, plazos y órgano de interposición del recurso.

Y aunque no se dice nada al respecto conviene recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada sobre el control de legalidad que a los Tribunales de Justicia corresponde en materia de procesos de selección de personal, la que mantiene que los órganos calificadores gozan de discrecionalidad técnica en sus apreciaciones y ni la Administración de quien dependen orgánicamente aquéllos tienen competencia para revisar el juicio formulado por tales órganos, ni los Tribunales del orden contencioso- administrativos pueden sustituir las decisiones de los mismos. Tales limitaciones al control judicial se acentúan, si cabe, aún más en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnicos, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración, y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza del control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales. El Tribunal Supremo en las sentencias de fechas 15 de diciembre de 1995 y 19 de julio de 1996 ha declarado que: "Es cierto, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial sobre los límites de los órganos jurisdiccionales para criticar las decisiones administrativas sobre pruebas selectivas ha hecho frecuente referencia a la falta en aquéllos de conocimientos específicos. Pero este fundamento no quiere decir que cuando concorra la presunción de este conocimiento, como acontece en el caso de las materias jurídicas, la aptitud para invalidar las decisiones de los órganos administrativos sea superior, ya que en definitiva las Comisiones se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencia de sus componentes, dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que según las plazas que traten de cubrirse, la Comisión pueda considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituido por ningún órgano ni administrativo ni jurisdiccional. Todas estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que - cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas- solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada". Y dentro de la restricción del control de la discrecionalidad técnica, la solución aceptada por el Tribunal Calificador ha de constituir un error manifiesto y evidente o la conclusión que fija la sentencia impugnada ofrece un razonable grado de duda, lo que impide que pueda hacerse prevalecer sobre el criterio del Tribunal juzgador de las pruebas, o la respuesta que el aspirante ofrece como correcta. Así las cosas, en el presente caso, la actora en base a considerar la extrema dificultad de las repuestas sólo puede venir provocada por el conocimiento de las mismas por parte de algunos aspirantes. Desechado el argumento del conocimiento, resta por afirmar que todas las preguntas versan sobre acciones a desarrollar por el opositor en determinadas circunstancias a las que se puede ver sometido en el cumplimiento de sus obligaciones. El Tribunal calificador, razonando debidamente su postura entiende la corrección de las respuestas en base a éstos, y tratándose de actuaciones sanitarias, no cabe partir de absolutos, y las cuestiones pueden ser opinables, pero el criterio que adopta el Tribunal es razonable y razonado, de modo que lo que pretende la actora es en definitiva quiere sustituir tal criterio por otros que pudieran ser razonables, pero que no implican por ello el error absoluto y manifiesto del acogido por el Tribunal que goza de presunción no sólo de certeza sino de razonabilidad como Órgano competente, que conforme a la doctrina antes expuesta, sólo puede desvirtuarse "si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado", entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. De lo expuesto no resulta un error patente ni manifiesto que el Órgano calificador, entendiera que lo correcto era lo valorado en cada una de las respuestas. Ha de sobreponerse la discrecionalidad del Tribunal que valoró igualmente a todos los participantes, y no incurrió en errores de tal entidad que impliquen que sus valoraciones hayan de ser anuladas".

CUARTO .- Como se ha determinado jurisprudencialmente, con carácter general y en materia de recusaciones o abstención, cabe señalar que el artículo 28.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que " La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido". Consecuencia de dicho precepto, en su proyección al caso presente, es la improcedencia de los supuestos vicios o defectos



imputados, por las siguientes razones: a) en primer término, porque incumbe al interesado la prueba de que las actuaciones realizadas por el funcionario aquejado de causa de recusación están viciadas en su contenido mismo, en el sentido de que hayan vulnerado, por sí solas, la objetividad o neutralidad exigibles, predeterminando la conclusión final del procedimiento; y b) porque resulta imposible evaluar el fondo de la cuestión es decir, la supuesta e invocada falta de neutralidad de los funcionarios recusados, cuando la demanda se abstiene, completamente, de informarnos acerca de los motivos determinantes y, más aún de tratar de acreditarlos mínimamente " La Sentencia de 5 de junio de 2013 , recoge un caso similar al enjuiciado. Asimismo nuestra Sala en la Sentencia anteriormente citada y en relación al supuesto, indica: "respecto de la recusación formulada de los miembros del Tribunal, cierto que puede ser realizada en cualquier momento, pero en cualquier caso, se formula cuando se conoce la puntuación asignada. La recusación regulada en el artículo 29 de la Ley 30/1992 se somete a las siguientes reglas: a)

Puede promoverse por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Una vez dictada la resolución que ponga término al mismo, no cabe ya su planteamiento. b) La recusación se ha de plantear por escrito, en el que se debe expresar, concreta y exactamente, la causa o causas en que se funda. No basta la mera alegación de sospechas o la invocación de causas inconcretas.

Pero es que en el presente recurso, no se promueve recusación en forma, en ninguna fase del procedimiento. Se alega a la posible causa de abstención de los miembros del Tribunal, con carácter genérico, y por primera vez al interponer el recurso de alzada contra el acuerdo de selección de aspirantes que superaron la fase de oposición, lo que lleva a decaer la alegación de vicio de nulidad por no resolverse la recusación, que como decimos nunca fue planteada en forma legal dentro del procedimiento" La juzgadora da cumplida respuesta ya que el hecho de la extrema dificultad por sí mismo no supone vicio invalidante ya que la discrecionalidad de los Tribunales se extiende precisamente al planteamiento de los cuestionarios a resolver. A mayor abundamiento el concepto de dificultad es algo subjetivo, y sólo podría cuestionar su importancia para anular un examen cuando venga acompañado de pruebas objetivas de arbitrariedad en la puntuación o de obtención de puntuaciones notoriamente desproporcionadas por parte de aspirantes a su vez sospechosos de relaciones directas con los miembros del Tribunal. Es decir se trataría de una prueba por presunciones y no se puede olvidar que la valoración de tal prueba pasa por el hecho de que se pruebe el dato base de la misma. Ninguna prueba hay al respecto en el proceso que nos ocupa. De ahí parte el razonamiento de la juzgadora, es decir que ante la falta de prueba en el proceso contencioso, debería haberla conseguido la parte en el proceso penal ya que sus alegaciones referidas por ejemplo a que un determinado número de aspirantes conocían el examen, caso de ser ciertas constituirían un ilícito penal...." Como se indica, estas consideraciones son aplicables al supuesto. Por último y en relación a la baremación de méritos en el concurso, ya se avanzaba que la prueba propuesta se entendía innecesaria. Los componentes del Tribunal, son quienes en base a su conocimiento y de conformidad a las bases y sus anexos han procedido a efectuar la baremación oportuna. Se explica el porqué y así con respecto a la Sra. Catalina o Gloria e incluso se razona sobre la puntuación y el motivo concreto de no proceder a valorar el certificado que en su momento presentó por el Director Gerente de uno de los Centros. En realidad lo que la parte pretende es sustituir con apreciaciones no suficientemente contrastadas las decisiones del propio Tribunal a quien como decimos le da cobertura la discrecionalidad técnica. A lo anterior debe indicarse que la Recurrente tampoco determina de manera clara si el hecho de efectuar los cálculos pretendidos, supondría siquiera la obtención de una plaza de aprobado.

QUINTO .- Conforme al art 139 de la LJCA , procede imponer las costas a la Recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso interpuesto por María Dolores , frente a la Sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de los de Mérida a los que se refieren las actuaciones, Sentencia que confirmamos. Ello con imposición en costas a la Recurrente.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

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