

Id Cendoj: 28079130072010100092
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 4630/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejería de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública de la Junta de Galicia de 18 de diciembre de 2001 para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Técnicos, Grupo D, Escala de Agentes Forestales. Sentencia incongruente. Causa de exclusión determinada con posterioridad al reconocimiento médico. Las pruebas revelan que el recurrente debió ser declarado apto en el examen médico.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 4630/2006, interpuesto por don Juan , representado por la procuradora doña María Luisa Noya Otero, contra la sentencia nº 475 dictada el 18 de mayo de 2006 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recaída en el recurso nº 506/2003, sobre proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejería de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública de la Junta de Galicia de 18 de diciembre de 2001 para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Técnicos, Grupo D, Escala de Agentes Forestales.

Se ha personado, como recurrida, la JUNTA DE GALICIA, representada por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 506/2003, seguido en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 18 de mayo de 2006 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON Juan , contra resolución de la Consellería de Presidencia de once de abril de dos mil tres, sobre proceso selectivo para la escala de agentes forestales; y sin hacer especial imposición de las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia anunció recurso de casación don Juan , que la Sala de La Coruña tuvo por preparado por providencia de 4 de julio de 2006 , acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 22 de septiembre de 2006, la procuradora doña María Luisa Noya Otero, en representación de don Juan , interpuso el recurso anunciado y, después de exponer el motivo que estimó oportuno, solicitó a la Sala que

"(...) previos los trámites oportunos, lo estime, y en consecuencia revoque la sentencia de fecha 18 de mayo de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictando otra por la que estimando el recurso presentado en su día declare que:

1º) Que la resolución impugnada es contraria a derecho, acordando su revocación y procediéndose de conformidad a señalar que Don Juan es declarado apto en el primer ejercicio de la fase de oposición del proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de Auxiliares Técnicos de la Xunta de Galicia, Escala de Agentes Forestales convocado mediante Orden de 18 de diciembre de 2001 consistente en un examen médico y consecuentemente se declare la nulidad de todo el proceso de selección que haya tenido lugar a posteriori, ordenándose la retracción del proceso selectivo al momento en que deba realizarse el segundo ejercicio de la fase de oposición y procediéndose a indemnizar a Don Juan para el supuesto de que su plaza de interino haya sido ocupada por otra persona a consecuencia de la realización del proceso selectivo respecto del cual injustamente ha sido excluido.

2º) Subsidiariamente, para el supuesto negado de que no se entienda justa esta primera declaración, se solicita que se declare que la resolución impugnada es contraria a derecho, acordando su revocación y procediéndose de conformidad a señalar que Don Juan es declarado apto en el primer ejercicio de la fase de oposición del proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de Auxiliares Técnicos de la Xunta de Galicia, Escala de Agentes Forestales convocado mediante Orden de 18 de diciembre de 2001 consistente en un examen médico, por la existencia en dicho proceso de actos generadores de indefensión para mi mandante, se declare el derecho de Don Juan a ser sometido a examen en los restantes ejercicios de la oposición y, para el caso de que llegue a superar todos ellos, ser nombrado Agente Forestal de la Administración con la misma antigüedad atribuida a aquellos opositores en su día nombrados en el expresado proceso selectivo y se proceda a indemnizar a Don Juan para el supuesto de que su plaza de interino haya sido ocupada por otra persona a consecuencia de la realización del proceso selectivo respecto del cual injustamente ha sido excluido".

CUARTO.- Por auto de 24 de enero de 2008 , y oídas las partes sobre la posible causa de inadmisión puesta de manifiesto por providencia de 6 de junio de 2008, la Sala acordó:

"declarar la inadmisión del recurso de casación (...) en relación con el motivo 2º fundado en el artículo 88.1 .d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, así como la admisión del recurso en relación con el motivo 1º , basado en el artículo 88.1.c) de dicha Ley, remitiéndose las actuaciones, para su sustanciación, a la Sección Séptima , a la que corresponde según las normas de reparto".

QUINTO.- Recibidas, se dio traslado del escrito de interposición al procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso. Trámite evacuado por escrito presentado el 19 de junio de 2008 en el que suplicó a la Sala

"(...) sentencia por la que se declare no haber lugar al mismo y se confirme la sentencia recurrida, con desestimación íntegra de la demanda, e imposición de costas al recurrente".

SEXTO.- Mediante providencia de 2 de septiembre de 2009 se señaló para la votación y fallo el día 3 de marzo de 2010, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Juan participó por el turno libre en el proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejería de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública de la Junta de Galicia de 18 de diciembre de 2001 para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Técnicos, Grupo D, Escala de Agentes Forestales. La convocatoria exigía que los aspirantes no padecieran defecto físico o psíquico que les inhabilitara para el ejercicio de las funciones propias de la Escala (base I.2.3.4) y el primer ejercicio, de carácter eliminatorio, de la fase de oposición consistía según la base II.2.1 a) en un examen médico dirigido a comprobar que no padecían "ninguna enfermedad ni defecto físico, psíquico o sensorial que les impida ejercer normalmente las funciones propias de la Escala de Agentes Forestales". Esa base añadía que

"Para tal efecto serán excluíntes as incapacidades relativas á agudeza visual e auditiva, as incapacidades do aparello locomotor, do aparello cardiovascular e do aparello respiratorio, as incapacidades relativas ó sistema nervioso central e calquera outro proceso patolóxico que, a xuízo médico, limite ou incapacite para o exercicio ordinario das funcións da escala.

O exercicio valorarase como apto ou non apto, sendo necesario para superalo obte-lo resultado de apto".

El Sr. Juan , que venía ejerciendo interinamente las funciones de agente forestal desde el 2 de mayo de 1995 a plena satisfacción de sus superiores, fue declarado no apto porque en el reconocimiento que se le hizo se midió su índice de masa corporal en 37,1 y el tribunal calificador, con el concurso de asesoramiento médico, fijó en 36 el máximo admisible. Ese índice se establecía en función del peso y de la altura. En las correspondientes mediciones realizadas el 7 de noviembre de 2002 fue tallado en 1,79 metros y pesado en 119 kilos. El aspirante recurrió contra esa resolución pero vió rechazadas sus pretensiones por acuerdo del propio tribunal calificador de 10 de enero de 2003 y su recurso de alzada fue desestimado por resolución de 11 de abril de 2003.

La Sala de La Coruña confirmó la actuación administrativa mediante la sentencia que ahora se impugna. Los fundamentos en los que explica su fallo dicen así:

"SEGUNDO.- que los resultados obtenidos en 7-11-2.002 indican una estatura de 1,79 metros y un peso de 119 Kg, acompañando a su reclamación administrativa D. Juan , un informe del Dr. Santiago de fecha 17-12-2.002 que señala 181 cms y 109 Kg, y en pericial practicada en el procedimiento, fue reconocido en 4-6-2.005 por el Dr. Juan Enrique , dando una altura de 182 cms. Y un peso de 91 Kg.

TERCERO.- que la convocatoria en que se recoge el requisito del examen médico, con carácter general y abstracto para todos los concursantes, no fue impugnada, fijándose el índice de masa corporal en 36 conforme al margen de discrecional técnica, y para tal prueba el Tribunal estuvo asistido por asesores médicos, realizándose la prueba adecuadamente, apareciendo que D. Juan mide entre 180 y 181 cms. Dando en la prueba, 179,5 cms. Y ha de estarse en cuanto al peso al del momento en que se realiza la prueba, siendo un valor que oscila en escaso lapso temporal, habiendo sido tallado y pesado con básculas y tallímetros del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago del Sergas, aparatos que no precisan de mantenimiento u homologación especial, sin que conste que los utilizados hayan tenido que ser reparados ni que su funcionamiento o fiabilidad hayan tenido alguna alteración en todo el proceso, señalando el asesor médico, Dr. Evelio , nombrado por el Sergas, Director asistencial de la gerencia de atención primaria de Santiago , que el tallímetro es obvio que no necesita ningún tipo de mantenimiento al no haber lugar a la descalibración y las básculas tipo "romana" que indica su especificación técnica son de "fiabilidad absoluta" y permiten "determinar las más pequeñas variaciones de peso", destacando que el índice de masa corporal, internacionalmente admitido como patrón para diagnóstico de normopeso, sobrepeso, obesidad y obesidad mórbida está formulado de tal manera que, incluso errores de 1 kg. en la pesada (cifra imposible como error) sólo alteran en 3 décimas la puntuación de dicho índice, lo que hace todavía más fiable el empleo de este parámetro como punto de corte para la obesidad".

SEGUNDO.- De los dos motivos que contiene el escrito de interposición el segundo, acogido al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , fue inadmitido por auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de enero de 2008 debido a la defectuosa preparación del recurso de casación. El primero, que invoca el apartado c) de ese precepto y al que limitaremos nuestro examen, sostiene que la sentencia es incongruente ya que no se refiere en ningún momento a tres cuestiones fundamentales planteadas en la demanda y, por tanto, infringe el artículo 67 de la Ley reguladora.

Esas tres cuestiones son las siguientes:

A) La inclusión por el tribunal calificador de un criterio de exclusión consistente en poseer un determinado índice de masa corporal que no viene contemplado en las bases de la convocatoria y que no es equiparable a enfermedad o proceso patológico que impida el ejercicio de las funciones propias de la escala, extremo que resulta más evidente a la vista de que no se discutió que el recurrente venía prestando sus servicios de forma continuada a plena satisfacción de la Administración, de manera que el proceder impugnado ha incurrido en la arbitrariedad que prohíbe el artículo 9.3 de la Constitución.

B) La falta de motivación, contraria al artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de por qué un determinado índice de masa corporal es análogo a enfermedad o proceso patológico o defecto inhabilitante para ejercer las funciones propias de los agentes forestales y la falta de explicación de las razones por las cuales al recurrente no le había afectado ese índice a lo largo de los seis años en que de forma ininterrumpida y plenamente satisfactoria para la Administración estuvo trabajando como agente forestal.

C) La indefensión que esta actuación administrativa causó al recurrente pues fijó con posterioridad a la realización del examen médico el criterio discutido con lo que le impidió conocerlo, ya que no figura en las bases ni se le informó al respecto.

TERCERO .- La Junta de Galicia se ha opuesto a este motivo rechazando que la sentencia sea incongruente por omisión ya que da, nos dice, cumplida respuesta a las pretensiones del Sr. Juan .

Recuerda al respecto el contenido de la Base II.2.1 y que, como las demás, fue consentida por lo que es firme y vinculante para la Administración y para los participantes en el proceso selectivo y dice que para contestar una a una a las alegaciones que hizo la demanda habría sido preciso que la Sala de La Coruña sustituyera el criterio del tribunal calificador por el suyo propio, lo que no es procedente. Indica, por lo demás, que aquél contó con el asesoramiento Don. Evelio , designado por el Servicio Gallego de Salud y Director Asistencial de la Gerencia de Atención Primaria de Santiago de Compostela, quien certificó la fiabilidad absoluta de los aparatos utilizados y subraya que la pretensión del recurrente es la de que sustituyamos la valoración que hicieron especialistas facultativos y sus criterios, médicos e instrumentos por otra diferente, lo que es contrario a la jurisprudencia.

En consecuencia, tras recordar el carácter puramente técnico y no jurídico de la controversia y la discrecionalidad que asiste al tribunal calificador, rechazar que pueda ser calificada de arbitraria, irrazonable o manifiestamente errónea e invocar sentencias de esta Sala sobre el control de esa discrecionalidad, reivindicar la presunción de certeza o de razonabilidad que merece la actuación administrativa.

CUARTO.- El motivo debe ser acogido, con la consiguiente anulación de la sentencia, ya que incurre en la incongruencia que le atribuye el recurrente e infringe los *artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción* .

Basta con leer los fundamentos que hemos reproducido para apreciar que no da respuesta a las cuestiones señaladas en el motivo de casación. Cuestiones que fueron, efectivamente, planteadas en la demanda y que, en tanto sostienen que las bases no permitían el establecimiento del conocido criterio de exclusión de la manera en que se fijó, tienen entidad suficiente para requerir un pronunciamiento expreso al respecto por parte de la sentencia. No se refieren, ciertamente, a aspectos accesorios sino al centro de la controversia. Por eso, no es suficiente con decir que esas bases fueron consentidas, que se aplicaron por igual a todos los aspirantes y que el examen médico se hizo con plena fiabilidad técnica. Antes, la congruencia que ha de observar la sentencia con las posiciones de las partes exigía explicar por qué consideraba la Sala de instancia que dichas bases --y, en particular, la II.2.1-- permitían utilizar el índice de masa corporal como criterio de exclusión en los términos conocidos.

QUINTO.- Llegados a este *punto, el artículo 95.2 c) y d) de la Ley de la Jurisdicción* nos obliga a resolver la controversia en los términos en que está planteada. Para ello, en primer lugar, hemos de referirnos a si la fijación de un determinado índice de masa corporal del modo en que se hizo en este caso es conforme a Derecho.

Ninguna duda hay de que las bases, una vez firmes, vinculan a la Administración y a quienes participan en el proceso selectivo. Sucede, sin embargo, que las establecidas para éste no contemplan el mencionado requisito eliminatorio y que sólo después de efectuado el examen médico se decidió establecerlo. La Sala no entra en su rigor técnico ni en la conveniencia de utilizarlo en un proceso selectivo de estas características. Sin embargo, sí considera que tiene razón el recurrente cuando alega que la lectura de las bases no le permitía saber que se le exigiría para acceder a la función pública un índice de masa corporal determinado, mucho menos cuando aspiraba a ejercer como funcionario las mismas tareas que estaba ya desempeñando adecuadamente en cuanto interino desde hacía varios años. En efecto, la base II.2.1 no se refiere a este índice y aunque es verdad que la amplitud con la que define las causas de exclusión permitiría comprenderlo, no parece corresponderse con las exigencias de la seguridad jurídica dejar abierta la posibilidad de que el tribunal calificador configure *a posteriori* lo que no son sino causas de exclusión. Por el contrario, ese principio y el de interdicción de la arbitrariedad demandan que los aspirantes puedan conocer con anterioridad a someterse a las pruebas selectivas los requisitos concretos que deben reunir para superarlas. Y esta condición no se ha cumplido en este caso.

Con lo dicho sería bastante para estimar el recurso contencioso-administrativo. No obstante, sucede que, aún contando con que el requisito controvertido hubiere sido correctamente establecido, la prueba obrante en las actuaciones, apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, lleva a pensar que el índice de masa corporal del recurrente, no fue correctamente establecido.

Desde luego, no es propósito de la Sala adentrarse en juicios técnicos que no le corresponden pero sí debe tener presente los datos que se han traído al proceso. Entre ellos, tienen una especial importancia los que refleja la prueba pericial practicada en el mismo por un médico forense designado por la Sala de La Coruña. Su importancia resulta de la imparcialidad que hay que atribuirle y del cuidado que tuvo que prestar

al efectuar las mediciones correspondientes habida cuenta de su trascendencia para el litigio. Pues bien, de su dictamen interesa tener presente --no el pesaje del actor (91 kilos) pues había pasado tiempo suficiente para que adelgazara y el peso relevante era el que tenía cuando le examinó el tribunal calificador-- sino la talla: 1,82 metros. Con el transcurso del tiempo se puede adelgazar o engordar y, con los años, perder altura pero no parece probable que a la edad del recurrente creciera tres centímetros respecto de los 1,79 metros en que fue medido por el tribunal calificador. Por eso el dictamen pericial rechazó esa posibilidad. Esta circunstancia hace pensar que no fue bien tallado en su día y, puesta en duda la altura que se le asignó, no sólo se resiente decisivamente el cálculo que lleva al índice de masa corporal que se le atribuyó y que le excluyó del proceso selectivo sino que, también, hay motivos para dudar del peso que se le asignó entonces.

La anterior conclusión se refuerza si, además, se tiene en cuenta que en los informes médicos presentados con su reclamación y con su recurso de alzada por el Sr. Juan y efectuados poco antes (el 21 de octubre de 2002) y poco después (el 17 de diciembre de 2002 y el 20 de enero de 2003) del examen que le hizo el tribunal calificador las magnitudes fueron siempre de 1,81 metros de altura y el peso osciló entre 105, 109 y 104 kilos, respectivamente, con unos índices de masa corporal de 32, 33,33 y 31,8 en cada fecha. Y se refuerza asimismo al considerar que el recurrente venía desempeñando satisfactoriamente las funciones de agente forestal.

Por tanto, debió ser declarado apto.

SEXTO.- Falta únicamente por determinar el alcance de la estimación del recurso contencioso-administrativo.

No procede declarar la nulidad del proceso selectivo en su totalidad, pretensión que parece desprenderse de la petición principal que expresa el suplico de la demanda ya que sería desproporcionado tomar tal decisión. A juicio de la Sala, basta para restablecer en su derecho al recurrente con limitar la anulación de la actuación administrativa impugnada a lo que concierne exclusivamente al Sr. Juan y reconocer su derecho a ser considerado apto en el primer ejercicio de la oposición y retrotraer el procedimiento administrativo a los únicos efectos de que continúe para él el proceso selectivo, conforme a las bases de la convocatoria y reconocer su derecho a que, caso de superarlo y proceder su nombramiento como agente forestal, surta efectos administrativos y económicos desde la fecha en que se produjeron para los demás aspirantes que ingresaron en la escala en virtud de dicha convocatoria.

Por lo que se refiere a la indemnización que solicita para el caso de que la plaza que ocupaba como interino haya sido ocupada por otra persona, no procede hacer ningún pronunciamiento ya que la adjudicación de destino dependerá no sólo de la superación de los restantes ejercicios de la fase de oposición sino también de la puntuación total que obtenga el recurrente.

SÉPTIMO.- A tenor de lo establecido por el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción*, no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación nº 4630/2006, interpuesto por don Juan contra la sentencia nº 475, dictada el 18 de mayo de 2006, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que anulamos.

2º Que estimamos en parte el recurso 506/2003, anulamos los actos impugnados únicamente en lo que se refiere al recurrente y declaramos su derecho a que se le tenga por apto en el primer ejercicio de la fase de oposición del proceso selectivo convocado por la Orden de la Consejería de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública de la Junta de Galicia de 18 de diciembre de 2001 y a continuarlo conforme a lo que en ella se prevé, así como, caso de superarlo y proceder su nombramiento como Agente Forestal, a que éste se produzca con los efectos económicos y administrativos correspondientes desde el momento en que se produjeron para los aspirantes que accedieron a la función pública en virtud de esa misma convocatoria.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.