ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. [redacted]
MELILLA

SENTENCIA: 0[redacted]

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600 SENTENCIA ART 67 Y SS LRJCA
EDIFICIO V CENTENARIO TORRE NORTE PLANTA 13
Teléfono: 952673557 **Fax:** 952695649
Correo electrónico:

Equipo/usuario: PTG

N.I.G: 52001 45 3 2023 0000207
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO [redacted] /
Sobre: ADMINISTRACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS
De D/Dª: [redacted]
Abogado: ANTONIO SUAREZ-VALDES GONZALEZ
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª CIUDAD AUTONOMA DE MELILLA
Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD
Procurador D./Dª

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

SENTENCIA

En Melilla, a 21 de agosto de 2024

Vistos por este juzgado los autos del Procedimiento Abreviado [redacted] seguidos en virtud de recurso interpuesto por D. [redacted], representado y asistido por el letrado D. Antonio Suárez-Valdés González, contra la resolución por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución por la que se desestima la impugnación de algunas preguntas de la oposición a bombero de la CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA, representada y asistida por el/la Letrado/a de sus Servicios Jurídicos, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Las presentes actuaciones se iniciaron por demanda de interposición de recurso contencioso-administrativo presentada el 27 de septiembre de 2023 por la parte actora, D. [redacted], contra la Orden de 8 de agosto de 2023, dictada por la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Igualdad de la Ciudad Autónoma de Melilla, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 3 de mayo de 2023, dictada por el tribunal de oposición al Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento (bombero-conductor), por la cual se desestima la impugnación de las preguntas nº 12, 34 y 51 de la prueba C),

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:w4zt-VGoA-MUoh-HjuC-X Puede verificar este documento en https://www.administraciondejusticia.gob.es

interesando que se anulen las mismas y se condene a la Administración demandada a retrotraer el procedimiento y dar por buena la respuesta dada por él a la pregunta nº 51 y que se anulen, por confusas, las preguntas nº 12 y 34 y, tras ello, se declare apto y se le permita continuar el proceso selectivo y, en caso de superar la primera fase, se le nombre alumno en prácticas y, si finalmente supera el periodo formativo correspondiente, sea nombrado funcionario de carrera y se le reconozcan los derechos económicos y profesionales que retroactivamente le correspondan.

SEGUNDO. Por decreto de 25 de octubre de 2023 se admitió la demanda interpuesta (con los documentos aportados, incluido un informe pericial) y se dio traslado de la misma a la Administración demandada para que remitiese el expediente administrativo en el plazo legal, citándose a las partes para la celebración de la correspondiente vista, con todas las prevenciones legales.

TERCERO. La vista se celebró finalmente el día 6 de junio de 2024, con la asistencia de las partes debidamente representadas y asistidas, oponiéndose la Administración demandada a las pretensiones de la parte actora y practicándose como pruebas las propuestas de documental por reproducida, quedando el juicio visto para sentencia.

Antes, al inicio de la vista, la parte recurrente aclaró que lo que pide es que la sentencia estimatoria que en su caso se dicte solo produzca efectos respecto de él, pero no afecte a los derechos de los demás opositores.

CUARTO. Examinada y valorada conjunta y racionalmente la prueba desarrollada en el procedimiento, y tal y como quedará manifestado en los Fundamentos de Derecho, resultan como **hechos probados** los siguientes:

1.- Convocada por Orden nº 2760, de 27 de septiembre de 2022, de la Consejería de Presidencia y Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Melilla unas pruebas para la provisión de quince plazas de bombero-conductor del Servicio de Prevención, extinción de Incendios y Salvamento, personal funcionario, grupo C1, subescala de servicios especiales, por el procedimiento de oposición libre, las mismas se desarrollaron según las bases de la convocatoria publicadas en el BOME extraordinario nº 61, de 28 de septiembre de 2022, bases que incluían una primera fase de oposición libre con varias pruebas de carácter eliminatorio, una de ellas la prueba de conocimientos (prueba C), formada a su vez por dos pruebas tipo test sobre temario general y temario general específico (C.1) y sobre temario específico (C.2), con resultado de clasificatorio de 0 a 10 puntos, siendo necesario obtener 5 puntos en el primero de ellos para poder acceder a la corrección del segundo.

2.- En dicha convocatoria participaron varios aspirantes, entre ellos D. [redacted] y D. [redacted].

3.- El Sr. [redacted] fue declarado «apto» en la prueba A de conocimiento del callejero de Melilla y también en la prueba B (pruebas físicas).

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

4.- Tras la realización de la prueba C y la publicación de sus resultados, el 24 de abril de 2023, el Sr. [redacted] impugnó las preguntas nº 20, 56 y 51 del temario específico (prueba 2) y la pregunta nº 34 del temario general-específico (prueba 1).

5.- El Tribunal de selección, el 3 de mayo de 2023, resolvió esas y otras impugnaciones y, por lo que afecta a las realizadas por el Sr. [redacted], anuló la pregunta nº 20.

Tras ello, el tribunal procedió a la corrección de los ejercicios de la prueba C y otorgó al Sr. [redacted] 7.600 puntos en la prueba 1 (temario general y temario general-específico) y 7.733 en la prueba 2 (temario específico), constándole como incorrectas, entre otras, las respuestas que él marcó a las preguntas nº 12, 34 y 51.

6.- Contra dicha Resolución del Tribunal de selección, el Sr. [redacted] interpuso recurso de alzada, el cual fue desestimado por virtud de Orden de 8 de agosto de 2023 dictada por la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Igualdad de la Ciudad Autónoma de Melilla, tras valerse para ello de un informe ampliatorio y aclaratorio del propio Tribunal tras sesión celebrada el 23 de junio de 2023 en el que decidió confirmar las respuestas dadas como correctas.

7.- En el ínterin, el Tribunal había corroborado la nota del Sr. [redacted] mediante anuncio de 5 de mayo de 2023, lo que, dada su posición respecto de las puntuaciones de otros aspirantes, le supuso un «no apto» final al no poder alcanzar ninguna de las quince plazas en disputa.

8.- El 11 de abril de 2024, en el Procedimiento Abreviado nº [redacted] seguido en este Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Melilla, se dictó sentencia por la cual, estimando la pretensión del aspirante D. [redacted], se anuló para él la pregunta nº 12.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte demandante recurre la orden por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del tribunal calificador que, a su vez, desestimó las impugnaciones de preguntas que se le formularon, confirmando las respuestas dadas a las nº 12 y 51 (prueba 2, temario específico) y nº 34 (prueba 1, temario general-específico) que el recurrente había contestado erróneamente según el Tribunal, arrojando para él un resultado numérico final que se tradujo en un «no apto» en la primera fase del proceso selectivo, interesando básicamente que se anulen estas resoluciones y, tras retroacción del proceso selectivo, se le revalúe y se condene a la Administración demandada a tenerlo por apto en dicha prueba y a continuar en el proceso selectivo, con los derechos económicos y administrativos correspondientes.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

No aclara la parte si dicha pretensión se sustenta en la nulidad de pleno derecho del art. 47 de la de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) o en la anulabilidad del art. 48 LPACAP. Pero, en cualquier caso, su pretensión se sostiene fundamentalmente en la corrección de la respuesta que dio a la pregunta nº 51, que se debería computar como tal, y en la anulación de las preguntas nº 12 y 34 por la confusión que destilan las mismas.

Frente a esta pretensión, el/la Letrado/a de los Servicios jurídicos de la Ciudad Autónoma de Melilla, en la representación que ostenta de la Administración demandada, manifiesta que las resoluciones impugnadas son conformes a derecho, argumentando con detalle la corrección de las preguntas impugnadas (salvo de la nº 12, que no entra a discutir el fondo de ello) y defendiendo el buen hacer del Tribunal de selección al respecto.

En consecuencia, se tiene por acreditado el *iter* de la oposición en los términos expuestos en los Hechos Probados, incluido el hecho de que este juzgador ya se ha pronunciado sobre la corrección o no de la pregunta nº 12 en un pleito anterior, de acuerdo con la documental aportada y dada la falta de controversia al respecto (arts. 281.3 y 405.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC-, por remisión del art. 60.4 la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA- y su Disposición Final Primera); y de acuerdo con el principio básico de presunción de legitimidad de los actos administrativos y, por ello, de conformidad con el expediente administrativo obrante en autos.

La cuestión controvertida, por tanto y fundamentalmente, pasa por determinar la corrección o no de las preguntas impugnadas.

Antes, sin embargo, la Administración demandada ha alegado la desviación procesal como causa de inadmisión de las impugnaciones de las preguntas nº 12 y nº 51. Veámoslo.

SEGUNDO. La desviación procesal, según reiterada jurisprudencia (SSTS 8 febrero 2002, 30 octubre 2009, 22 noviembre 2010 ó 28 mayo 2012 entre otras muchas), se produce cuando en sede jurisdiccional el demandante plantea pretensiones que no formuló en vía administrativa, o cuando la pretensión expuesta en la vía administrativa no es esencialmente la misma que la formulada en la vía jurisdiccional. Sí cabe que en el escrito de demanda se aleguen, en justificación de las pretensiones que se deducen, cuantos motivos procedan, aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa (art. 56. 1 LJCA). Lo que no pueden es suscitarse cuestiones nuevas, pues «el previo enjuiciamiento administrativo de la cuestión, que opera como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional, es requisito indispensable para ese posterior actuar de la jurisdicción contencioso-administrativa». Así lo exige el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y la desviación procesal es causa de inadmisión.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

Así, dispone el art. 51 LJCA que el Juzgado o Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto una de las circunstancias que a continuación se relacionan, habiendo entendido constante y reiteradamente los tribunales que precisamente la desviación procesal es uno de esos supuestos que se sancionan con la inadmisión del recurso contencioso-administrativo (SSTS 13 marzo 1995, 6 febrero 1991, 21 julio 2003, 20 septiembre 2012 ó 19 enero 2015, entre otras). Así mismo, y por prescripción de los arts. 68 y 69 LJCA, dicha inadmisión también puede acordarse en sentencia. Tanto en un caso como en otro, nos recuerda la jurisprudencia constitucional que la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas está directamente relacionado con el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 CE), por lo que hay que comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre; 48/1998, de 2 de marzo; 35/1999, de 22 de marzo; 311/2000, de 18 de diciembre; 3/2004, de 14 de enero; 358/2006, de 18 de diciembre; 251/2007, de 17 de diciembre). Esto no ha supuesto ningún problema tratándose, como decimos de la desviación procesal.

En el presente caso, sostiene la Administración la desviación procesal con base en lo siguiente. Respecto de la pregunta nº 51, señala que el recurrente pidió en vía administrativa, al recurrir en alzada, que se anulase la misma y ahora, en vía judicial, lo que está pidiendo es que se tenga por correcta la respuesta que él dio. Y respecto de la pregunta nº 12, la Administración indica que la misma no se impugnó en el momento del trámite de impugnaciones y que ahora no procede atender la misma en vía judicial.

Con relación a esta última alegación, sobre la pregunta nº 12, la misma no puede ser atendida. La desviación procesal trata de evitar que se resuelva en vía judicial lo que no ha tenido ocasión la Administración de resolver previamente, en vía administrativa. Pero no es el caso. Al recurrir administrativamente en alzada el recurrente ya incluyó su impugnación de la pregunta nº 12 (páginas nº 329 a 339 del expediente administrativo). Es cierto que, en el trámite previo de impugnaciones previsto en el proceso de oposición, nada dijo al respecto de ella (sí impugnó otras preguntas, en cambio, páginas nº 263 a 266 del expediente administrativo). Pero, como queda dicho, la Administración sí ha tenido ocasión, por vía de alzada, de resolver sobre la corrección o no de la pregunta nº 12 (documento nº 3 de la demanda y páginas nº 429 a 440 del expediente administrativo), por lo que no cabe entender que se haya producido desviación procesal alguna en este caso. La calificación del tribunal sobre la corrección o no de esta pregunta, que es lo que se recurre, no pasó a ser un acto consentido y firme porque no se impugnara inicialmente dicha calificación, cuando aún era provisional, si luego, cuando esta calificación ya se elevó a definitiva, y como así pasó, se recurrió la misma utilizando el recurso administrativo correspondiente.

Con relación a la pregunta nº 51 se puede observar que sí hay un cambio de pretensión, entre lo que se pidió en vía administrativa (tanto en el trámite de impugnación como al recurrir en alzada), esto es, la anulación de la pregunta, y lo que

se pide ahora en vía judicial, esto es, que se mantenga válida la pregunta, pero se dé por correcta la respuesta que dio. Es decir, se pasa de pedir que no se le cuente un error a que se le cuente un acierto (en vez de no restar, que se sume). Esto, técnicamente, supone desviación de poder, que, recordemos, se produce cuando «la pretensión expuesta en la vía administrativa no es esencialmente la misma que la formulada en la vía jurisdiccional».

Ahora bien, en opinión de este juzgador, y tal y como concluye alguna sentencia (STS 14 diciembre 2010), la aplicación estricta de este instituto debe flexibilizarse en casos como este, puesto que: a) no se modifica la delimitación del acto inicialmente impugnado en vía administrativa, sigue siendo la misma pregunta nº 51 que ahora se impugna en vía judicial; b) la Administración, en vía de alzada, sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la corrección o no de las respuestas a esta pregunta, por lo que, en verdad, ya ha dado respuesta al recurrente a su pretensión de que se considere correcta la respuesta que él defiende. Esto último se ve claramente en el informe que el Tribunal de selección, tras reunión y deliberación, elevó para que la Consejería competente resolviese el recurso de alzada, donde, literalmente, se indica que «no es válida la opción d)», que fue la que contestó el recurrente y que ahora defiende como válida (página nº 383 del expediente administrativo). Consecuentemente, esto mismo se recoge en la resolución de alzada que ahora se impugna en vía judicial. En definitiva, la Administración contestó al recurrente (y, por tanto, valoró en vía administrativa) como si este hubiese recurrido en alzada pidiendo la que cuente su respuesta como correcta. Repetimos: la desviación procesal trata de evitar que se resuelva en vía judicial lo que no ha tenido ocasión la Administración de resolver previamente, en vía administrativa. Pero, nuevamente, en este caso la Administración sí ha resuelto en alzada sobre lo que ahora se pide en vía judicial.

En consecuencia, tampoco procede atender esta alegación de inadmisión formulada por la Administración.

TERCERO. Entrando ya a la cuestión principalmente controvertida, esto es, el acierto o no de la decisión de la Administración, comencemos por la pregunta nº 12 (prueba 2, temario específico). Dicha pregunta dispone lo siguiente:

«¿Qué es el efecto coanda?
a) Trayectoria natural ascendente del fuego por la superficie de huecos de fachada
b) Fenómeno de pérdida de espesor que sufre el hormigón expuesto a fuego
c) Patologías que sufre el hormigón por los sulfatos contenidos en el agua
d) Ninguna es correcta»

El Tribunal dio por buena la respuesta a), mientras que el recurrente contestó la respuesta d).

En este punto hemos de indicar que, tal y como consta en Hechos Probados, este juzgador ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en un juicio anterior sobre este particular, y ello en sentido favorable a las pretensiones del recurrente.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

Cierto que siempre ha sido objeto de debate si los hechos probados de una sentencia vinculan o no a los juicios posteriores de otra jurisdicción. Sin embargo, dentro de una misma jurisdicción, el asunto está más claro.

El art. 222.4 LEC, respecto de la jurisdicción civil, es muy claro al afirmar que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. Pero, incluso, si no concurren esas tres identidades (*petitum*, *causa petendi* y partes en conflicto), existe abundante doctrina jurisprudencial a cerca de la prejudicialidad civil impropia o «efecto reflejo de la cosa juzgada» (SSTS 18 marzo 1987, 28 febrero 1991, 3 noviembre 1993, 1 diciembre 1997, 20 noviembre 2000, 25 febrero 2003, 27 mayo 2003, 20 diciembre 2005, 7 mayo 2007, 12 junio 2008, 25 mayo 2010, 30 diciembre 2010, 24 mayo 2012 y 15 octubre 2012, entre otras), en cuya virtud, y dentro del proceso civil, la no concurrencia de alguna de las tres identidades referidas no impide aplicar el efecto positivo prevenido en el citado art. 222.4 LEC cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro. Esto responde a la necesidad de evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, pues ello es incompatible con el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE. Así, el principio de la cosa juzgada material se integra en estos dos mandatos constitucionales y obliga al juzgador a reconocer su existencia en todas las resoluciones que adopte, de modo que ni siquiera se exige que sea excepcionada, sino que puede apreciarse de oficio (STC 61/1989, de 16 octubre 1989).

Y esto que es predicable de la jurisdicción civil, lo es también para la contencioso-administrativa. Así, las SSTC 158/1985, de 26 de noviembre, 16/2008, de 31 de enero y 21/2011, de 14 de marzo, dejan claro que el juez contencioso no puede, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, saltar por encima de lo previamente declarado por el otro órgano judicial que ha conocido de los mismos hechos. En este sentido, entre otras, la STS 8 marzo 2022, la cual, en el ámbito contencioso administrativo, recoge esto y aclara que la cosa juzgada material, en su efecto negativo o excluyente, exige la pena coincidencia de objeto, esto es, de sujetos, de petitum y de causa petendi (así ya lo dijeron las SSTS 8 enero 2020, 22 abril 2021, 13 mayo 2021 ó 17 enero de 2022, entre otras), con la advertencia de que «basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse su existencia [de la cosa juzgada], pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes». Pero, sigue diciendo la citada sentencia, el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada a que se refiere el art. 222.4 LEC, no exige la plena identidad entre objetos de los procesos, sino la conexión entre ellos, siempre que los

sujetos sean los mismos y que lo resuelto en el primer juicio aparezca como antecedente lógico de lo que sea objeto del segundo juicio.

Dicho de otro modo, los hechos declarados probados en una sentencia de un juzgado contencioso-administrativo vinculan a otro juicio contencioso posterior si ha conexión entre ambos.

En el presente caso, existe esta conexión, evidentemente: estamos ante la discusión sobre si esa pregunta nº 12 es o no confusa hasta el punto de anularla. Y, desde luego, no cabe que en el juicio celebrado anteriormente en este juzgado se haya tenido por probada la existencia de dicha confusión y anulada la pregunta para el entonces recurrente y que en este pleito se pueda concluir otra cosa distinta. El citado principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE lo impiden.

De hecho, la Administración demandada, consciente de esta realidad, no ha opuesto nada en cuanto al fondo de esta controversia.

En consecuencia, se concluye, como se concluyó en el pleito anterior, que esta pregunta es confusa y debe anularse.

CUARTO. Con relación a la corrección o no de las otras dos preguntas controvertidas, y dado que, respecto de una de ellas, la nº 51, se pide expresamente que se valore como correcta la respuesta dada por el recurrente, frente a la considerada correcta por la Administración, procede hacer una serie de consideraciones generales a cerca de la discrecionalidad técnica y el alcance del control judicial.

Desde siempre, se ha entendido que la facultad de los jueces para controlar la legalidad de lo resuelto por un tribunal de oposición se encuentra limitada por la «discrecionalidad técnica» de dicho tribunal.

Tradicionalmente, esto quería decir que lo decidido por un tribunal de oposiciones al valorar ejercicios no admitía revisión por los juzgados de lo contencioso-administrativo, sobre la base de que los jueces carecen de conocimientos específicos para sustituir el criterio especializado de la oposición en cuestión. La citada discrecionalidad técnica imposibilitaba al juez revisar los criterios de valoración del tribunal calificador.

Luego, el Tribunal Constitucional fue matizando esta discrecionalidad técnica. En las SSTC 39/1983 y 110/1991, entre otras, admitió que el juez sí podía entrar a revisar esas valoraciones en los casos de «error manifiesto y grave», lo que posteriormente sería «error inequívoco y patente» o cualquier otra fórmula así de definitiva. Ello fue recogido por el Tribunal Supremo y así ha quedado evidenciado en numerosas sentencias, afirmándose que la tutela del derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad de los arts. 14 y 23.2 CE, impone verificar si existe algún error de ese tipo o, incluso, una pura arbitrariedad. En este sentido, las SSTS 10 octubre 2007, 27 noviembre 2007, 19 mayo 2008, 27 abril 2012, 15 octubre

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

2012, 18 diciembre 2013, 29 enero 2014, 17 febrero 2016 y 3 noviembre 2016, entre otras.

Los mayores avances han tenido lugar en los últimos años, al admitir el Tribunal Supremo aún mayores facultades de control de los tribunales de oposición por parte de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Así, en aquellas pruebas en que no exista discrecionalidad (pruebas ortográficas, por ejemplo), está admitido que el juez pueda valorar su corrección; y si estamos ante cuestiones únicamente jurídicas y sencillas, el juez perfectamente puede sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, al presumirse su conocimiento. Para poder valorar ambas cosas, se ha recogido jurisprudencialmente el derecho que tiene todo opositor a una motivación explícita de la calificación, tras la reclamación administrativa. En este sentido, las SSTS 10 octubre 2007, 27 noviembre 2007, 19 mayo 2008, 27 abril 2012, 15 octubre 2012, 18 diciembre 2013, 29 enero 2014 y 31 julio 2014, entre otras.

En la actualidad, y junto con las citadas sentencias, esta materia viene marcada por la STS 16 diciembre 2014, la cual, tras definir cuál debe ser el contenido de la motivación para que pueda ser considerada válidamente realizada, afirma que «en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado». Y termina recogiendo algo muy importante para el caso que nos ocupa, como son las exigencias que debe cumplir una prueba pericial para demostrar ese, repetimos, «inequívoco y patente error técnico» que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Porque «la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen *mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico*».

Dichas exigencias son reproducidas también en la STS 16 marzo 2016, a saber, que recuerda que el informe de parte «no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente», sino que tiene que «identificar de manera precisa y clara los puntos de desacierto que advierte en el dictamen del órgano calificador, además, claro, de las fuentes técnicas de reconocido prestigio que son «mayoritariamente valoradas en el ámbito científico como expresivas de un evidente e inequívoco error técnico».

Pues bien, resulta que esa discrecionalidad técnica como frontera que no puede traspasar el control judicial también cede cuando, como es el caso, estamos ante pruebas tipo test.

Y es que, tratándose de este tipo de pruebas, tiene dicho nuestro Alto Tribunal que su misma configuración (respuestas alternativas con una única posibilidad de respuesta correcta) determina que no existe margen de apreciación del tribunal calificador, por lo que no hay espacio para la discrecionalidad técnica. En estos casos, señala la STS 18 mayo 2007, «la exigencia tiene que ser de una exactitud y precisión tal en la formulación de la prueba que haga inequívoca cuál es la respuesta más acertada de entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar las situaciones de

duda». Este elemento (si hay o no duda/confusión), dice la STS 14 diciembre 2010, «se incluye dentro de las facultades de los órganos jurisdiccionales». O, dicho de otro modo, no invade la discrecionalidad técnica la anulación por los jueces de aquellas preguntas tipo test «si permite dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el tribunal calificador» (SSTS 26 febrero 2013 y 24 marzo 2015). Se trata, dice la STS 17 febrero 2016, de «evitar las situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan *dudas razonables* sobre cuál puede ser la respuesta correcta». Esta ambigüedad en las respuestas propiciada por «un error en la formulación de la pregunta que pueda generar la más mínima duda al aspirante», impone «su anulación», esto es, la invalidación de la pregunta (STS 16 febrero 2015). Por supuesto, pesa sobre el recurrente la carga de probar que la pregunta «incluye algún elemento que permite razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el tribunal calificador» (STSJ Extremadura 25 octubre 2016). En definitiva, se trata de probar el error o la ambigüedad y que estas son de tal entidad que resultan determinantes de la confusión del hombre medio (STS 2 noviembre 2017).

QUINTO. Las consecuencias que se extraen de lo expuesto en el Fundamento anterior es que, al tratarse de pruebas tipo test, este juzgador, en ningún caso, ni dictando una sentencia estimatoria de la demanda presentada, puede dar por válida la respuesta del recurrente, en el caso a la pregunta nº 51, tal y como se pretende. Es decir, la consecuencia nunca puede ser que dicha pregunta nº 51 se le tenga por bien respondida. Ello exige una valoración que sí se encuentra en el terreno de la discrecionalidad técnica y que, por tanto, está vedado al control judicial. Lo que sí podría apreciarse, en su caso, es un error o ambigüedad suficientes como para generar la duda sobre la respuesta correcta, lo que determinaría, siempre y en todo caso, la anulación de la pregunta.

El problema respecto de la pregunta nº 51, precisamente, es que la anulación no forma parte de la pretensión de la parte recurrente. De hecho, tan específica ha sido su pretensión de valoración favorable que, como hemos visto, ha movido a la Administración a alegar desviación procesal por pedir eso que, literalmente, no pedía en vía administrativa, donde se «conformaba» con la anulación de la pregunta. Y ahora, por imperativo del principio de congruencia del art. 33.1 LJCA, no puede este juzgador sustituir una pretensión por otra y entender que, donde pide subsistencia y valoración positiva, pide anulación.

En definitiva, y respecto de la pregunta nº 51, no siendo posible atender su única pretensión de respuesta correcta, se resuelve en sentido desestimatorio y la misma queda para el recurrente tal y como ha sido valorada por la Administración demandada.

SEXTO. La controversia sobre si existe ese error o ambigüedad con efectos anulatorios se reduce, por tanto, a la pregunta nº 34 (prueba 1, temario general-específico), que dispone lo siguiente:

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

«De conformidad con el artículo 17 del Reglamento del S.P.E.I.S. no es función de los Sargentos:
a) Exigir a sus subordinados el exacto cumplimiento de sus deberes sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a cada uno en atención a la estructura jerárquica.
b) informar de aquellas actuaciones destacadas y meritorias de sus subordinados.
c) Desarrollar la planificación y la ejecución operativa de los servicios.
d) Formular las propuestas que estime necesarias para el mejor funcionamiento de los servicios.»

El Tribunal dio por buena la respuesta c), mientras que el recurrente contestó la respuesta d), tal y como se ve en la página nº 236 del expediente administrativo.

La parte recurrente entiende que la Administración induce al error con esta pregunta al especificar en su enunciado un precepto, el art. 17 del Reglamento en cuestión, que en verdad no se refiere a las funciones de los sargentos, como está preguntando, sino a las funciones de los suboficiales; es el art. 18 el que regula las funciones de los sargentos y esa mención errónea lleva a equívoco, genera dudas y, por tanto, debe anularse la pregunta.

La Administración demandada, en cambio, sostiene que no es un error esa mención del precepto, que la pregunta obliga a comparar las funciones de sargentos y suboficiales y tener claras unas u otras y que, por ello, la pregunta, formulada en sentido negativo, lo que está preguntando es por las funciones de los suboficiales, reguladas en ese art. 17 mencionado correctamente.

Pues bien, en el presente caso se concluye a favor de la tesis de la Administración.

Según queda expuesto en el Fundamento Cuarto, la ambigüedad causante de nulidad es la que genera dudas sobre qué respuesta es la correcta, ni más ni menos.

Es cierto que el modo de formular la pregunta es enrevesado, pues, queriendo decir que cuál de las siguientes funciones corresponde a los suboficiales, se ha redactado en modo negativo al preguntar cuál de esas funciones no es de los sargentos (y, por tanto, es de los suboficiales, tal y como prevé el citado expresamente art. 17). Ese modo de preguntar, utilizando negaciones o, incluso, dobles negaciones, es habitual en los exámenes tipo test, como modo de aumentar su dificultad y así discriminar a quienes de verdad tienen claros los conceptos y los conocimientos. Pero lo importante, repetimos, no es si la pregunta es más o menos enrevesada, sino si su enunciación induce a confusión en las respuestas, y la opinión de este juzgador es que no.

Las respuestas dejan dejar claro al opositor qué se está preguntando. Si alguna de ellas fuese del tipo «ninguna de las anteriores es correcta», la duda estaría ahí y, por tanto, servida la anulación. Pero todas las respuestas son funciones concretas y específicas. Y de ellas, solo una no es función de los sargentos, que es lo que se pregunta. La combinación de pregunta y respuestas no induce a confusión alguna sobre cuál de

estas es la correcta, obligando, eso sí, a tener muy claro el contenido de los arts. 17 y 18 y, por tanto, a diferenciar muy bien de las funciones de unos y de otros.

De hecho, de los veinticuatro exámenes que hay en el expediente administrativo (páginas nº 212 a 259), solo en ocho se deja sin responder la pregunta nº 34 que nos ocupa, sin poder saber cuántos de esos ocho aspirantes no respondieron por desconocimiento o por presuntas dudas en su enunciado. De hecho, el recurrente no está entre esos ocho que dejaron sin contestar la pregunta, lo que le valdría para defender su tesis de la confusión, sino que sí la contestó, solo que equivocadamente (página nº 236 del expediente administrativo). Por contra, diez opositores respondieron correctamente a esa pregunta, número más que suficiente para entender que no se da esa ambigüedad sancionada con nulidad.

SÉPTIMO. En consecuencia, solo la pregunta nº 12, de las impugnadas, tal y como está redactada, dadas las respuestas ofrecidas y tomando en consideración la que se ha entendido correcta, debe anularse, con la consiguiente estimación parcial de la demanda interpuesta y la condena a la Administración a retrotraer el procedimiento selectivo hasta el momento de valoración de la prueba tipo test que nos ocupa, que deberá realizarse nuevamente teniendo por anulada únicamente dicha pregunta.

Pero solo respecto del recurrente, tal y como expresamente pide este (de acuerdo con los arts. 33.1 y 67.1 LJCA) y de conformidad con el principio de conservación de los actos de la Administración que establece el art. 51 LPACAP, y de la jurisprudencia emanada sobre el mismo. Se debe asignar un nuevo resultado al recurrente en dicha prueba y luego, con su resultado, resolver en consecuencia, lo que incluye continuar con el recurrente el proceso de oposición en caso de superar dicha prueba, y así hasta donde llegue en dicho proceso, que, de concluir con su aprobado final, le supondrá el reconocimiento de los correspondientes derechos administrativos y económicos, con efectos retroactivos. Todo ello sin afectar al resultado del resto de opositores, aprobados o no (en este sentido, las SSTS 28 octubre 2015, 30 noviembre 2015, 29 noviembre 2018 ó 18 marzo 2019, entre otras). No cabe declararle directamente «apto», sino que ésta es una cuestión que deberá valorar el tribunal de selección a la vista de lo indicado, dado que este juzgador carece de elementos suficientes para ello.

OCTAVO. De conformidad con lo establecido en el art. 139.1, 2 y 4 LJCA, y vista la estimación parcial del recurso, procede declarar las costas de oficio, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Procede ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. [redacted] contra la Orden de 8 de agosto de 2023, dictada por la Consejería de Presidencia, Administración Pública e Igualdad de la Ciudad

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Autónoma de Melilla, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 3 de mayo de 2023 del Tribunal de Selección, y, en su consecuencia, procede ANULAR las mismas con relación a la pregunta nº 12 (prueba 2, temario específico) de la prueba C de la primera fase, pero sólo respecto al recurrente, con la consiguiente obligación de la Administración demandada de retrotraer las actuaciones a la fase de corrección el ejercicio respecto de él, exclusivamente, a fin de que el Tribunal de Selección, teniendo en cuenta la anulación de la pregunta en cuestión, asigne un nuevo resultado al recurrente en dicha prueba y luego resuelva en consecuencia, lo que incluye continuar con el recurrente el proceso de oposición en caso de que entienda que ha superado esa prueba, y así hasta donde llegue en dicho proceso, que, de concluir con su aprobado final, le supondrá el reconocimiento de los correspondientes derechos económicos y administrativos con efecto retroactivo a la misma fecha que el resto de aprobados. Todo ello sin afectar al resultado del resto de opositores, aprobados o no.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Líbrese testimonio de la presenta sentencia, el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, advirtiéndoles que la misma no es firme que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de QUINCE días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso, habiendo de justificar la constitución del depósito correspondiente, 50 euros.

Así lo acuerdo, mando y firmo yo, D. FERNANDO GERMÁN PORTILLO RODRIGO, Magistrado titular de este Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Melilla.

PUBLICACIÓN. En la misma fecha la anterior sentencia fue leída y publicada por el tribunal que la suscribe mientras celebraba audiencia pública, doy fe.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
C/Maestro Ángel Llorca 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es