

SENTENCIA: 00014/2022

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.-BURGOS
SECCION 2ª***

Presidente/a Ilma.Sra. Dª. Concepción García Vicario

SENTENCIA

Sentencia N° 14/2022

Fecha Sentencia: 25-1-2022

Rollo de Apelación N° 64/2021

Ponente. D. Alejandro Valentín Sastre

Letrado de la Administración de Justicia. Sr. Ruiz Huidobro

Ilmos.Sres:

Dª. Concepción García Vicario

Dº. Mª Begoña González García

D. Alejandro Valentín Sastre

En la ciudad de Burgos a 25 de enero de 2022

Vistos los autos correspondientes al RECURSO DE APELACIÓN sustanciado ante esta Sala bajo el nº 64/2021, a instancia de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIRANDA DE EBRO, representado por la Proc. Sra. Jabato Dehesa y defendido por letrado, y D. PABLO OTERO MURO, representado por el Proc. Sr. Santamaría Alcalde y defendido por letrado; siendo apelados D. ABEL PEREZ GUTIERREZ, representado por el Proc. Sr. Samaniego Molpeceres y defendido por letrado; D. MIGUEL HERNANDO MARTIN, representado por el Proc. Sr. Santamaría Alcalde y

defendido por letrado; D. PABLO OTERO MURO, representado por el Proc. Sr. Santamaría Alcalde y defendido por letrado; EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MIRANDA DE EBRO, representado por la Proc. Sra. Jabato Dehesa y defendido por letrado; D. ANDRES GUERRERO MARCOS, D. GERMAN PARAMO MAESTRO y D. RUBEN MARISCAL DIAZ DE SARRALDE, todos ellos representados por la Proc. Sra. Palacios Sáez y defendidos por letrado; D. JORGE SALINAS FERNANDEZ y D. LORENZO VELASCO LOPEZ, los dos representados y defendidos por letrado; contra la sentencia nº 101/2021, de fecha 10 de mayo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos dictó, en el procedimiento abreviado nº 224/2019, sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: SE ESTIMA PARCIALMENTE lo pretendido por las partes demandantes por medio de los recursos interpuestos frente a la actuación impugnada ACORDANDO: 1º ANULAR, por no ser ajustadas a derecho, la decisión del tribunal calificador, adoptada en la sesión celebrada el día 12 de abril de 2019, y las resoluciones de la señora Alcaldesa del Ayuntamiento demandado desestimando los recursos de alzada interpuestos por las partes demandantes frente a esa decisión del tribunal calificador, declarando no aptos a los demandantes en el ejercicio cuarto de la fase de oposición, reconocimiento médico. 2º RECONOCER a los demandantes el derecho a que se les vuelva a hacer la espirometría condenando al Ayuntamiento demandado a que lleve a cabo las actuaciones necesarias, según las mismas han sido concretadas en el apartado 2º del fundamento de derecho quinto de esta sentencia, para que así ocurra debiendo decidir el tribunal calificador lo que corresponda según el resultado que se obtenga. 3º RECONOCER A LOS DEMANDANTES que sean declarados aptos en el cuarto ejercicio de la fase de oposición a que se declare por el Ayuntamiento demandado que han superado la fase de oposición del procedimiento selectivo con todas las consecuencias y efectos que ello acarrea. 3º DESESTIMAR el resto de las pretensiones ejercidas por los

demandantes sin que ello impida que las puedan ejercer en otro momento atendiendo al resultado que se obtenga de lo que debe llevarse a cabo en ejecución de esta sentencia. 4º SIN condena en costas.

SEGUNDO. Contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro.

TERCERO. Admitido a trámite dicho recurso de apelación y formulados escritos de oposición al mismo por las representaciones de las partes recurridas, fueron elevados los autos a esta Sala, junto con el expediente administrativo.

De las partes recurridas, la representación de D. Pablo Otero Muro formuló adhesión al recurso de apelación, a la que ha formulado oposición la representación del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro.

CUARTO. Mediante auto de fecha 22 de diciembre de 2021, se acordó denegar el recibimiento a prueba en segunda instancia, interesado por la representación del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro.

Asimismo, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 20 de enero de 2022, en que se reunió, al efecto, la Sala.

QUINTO. Se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Sentencia apelada, pretensión deducida y alegaciones de las partes.

El presente recurso de apelación se interpone contra la sentencia nº 101/2021, de fecha 10 de mayo de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos, recaída en el recurso contencioso-administrativo autos de P.A. nº 224/2019, por la que se acuerda estimar parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las representaciones de D. Abel Pérez Gutiérrez, D. Miguel Hernando Martín y D. Pablo Otero Muro contra: 1) la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto por D. Pablo Otero Muro frente a la decisión del Tribunal Calificador de la prueba médica, adoptada en sesión celebrada

el día 12 de abril de 2019, correspondiente al proceso selectivo por oposición libre para la provisión de cinco plazas de bomberos del Servicio contra Incendios, en régimen funcionarial, para el Ayuntamiento de Miranda de Ebro; 2) la resolución de Alcaldía de fecha 20 de agosto de 2019, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a los acuerdos del Tribunal Calificador del referido proceso selectivo, adoptados en las sesiones celebradas los días 12 y 15 de abril de 2019.

La sentencia apelada acuerda anular los actos administrativos impugnados y además: -reconoce a los demandantes el derecho a que se les vuelva a hacer la espirometría condenando al Ayuntamiento demandado a que lleve a cabo las actuaciones necesarias, según las mismas han sido concretadas en el apartado 2º del fundamento de derecho quinto de la sentencia, para que así ocurra debiendo decidir el tribunal calificador lo que corresponda según el resultado que se obtenga; - reconoce a los demandantes que sean declarados aptos en el cuarto ejercicio de la fase de oposición a que se declare por el Ayuntamiento demandado que han superado la fase de oposición del procedimiento selectivo con todas las consecuencias y efectos que ello acarrea.

La representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro pretende la revocación de la sentencia apelada y que se confirmen los actos administrativos recurridos.

La representación de D. Pablo Otero Muro, parte apelada que se adhiere a la apelación, pretende que se revoque la sentencia apelada y se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, en cuanto a los pedimentos 2 a 5 de la demanda.

La representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro solicita la revocación de la resolución recurrida en base a los siguientes motivos: I) los demandantes no impugnan la prueba correspondiente al cuarto ejercicio de la oposición, sino el resultado obtenido en la misma. II) La sentencia no recoge todo lo sucedido respecto a la solicitud de pruebas, ni concretamente la inadmisión de la prueba pericial propuesta por la apelante y testifical propuesta por las codemandadas, decisión que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar todos los medios de prueba y que no es conforme a derecho, porque existen informes médicos incorporados al

acta del tribunal que deben ser aclarados. III) Disconformidad con el fundamento de derecho tercero: II.1) la sentencia no redacta adecuadamente el llamado según ella sistema selectivo, pues no es, como dice la sentencia, oposición con fase de formación y periodo de prácticas, sino que el proceso selectivo constará de dos fases -1º fase de oposición y 2º fase de formación y periodo de prácticas-, claramente diferenciadas y eliminatorias las dos, por lo que superar el cuarto ejercicio de la oposición sólo garantiza acceder a la siguiente fase del proceso selectivo, pero no más allá. II.2) La sentencia no añade a la redacción sobre el sistema selectivo lo relativo a la segunda fase del proceso de selección, que es la formación y prácticas a que se refiere la base decimocuarta, inclusión que viene a reforzar que el proceso selectivo consta de dos fases diferentes y ambas eliminatorias. II.3) La sentencia hace una interpretación inadecuada de la imposibilidad del tribunal calificador de aprobar o declarar que han superado las pruebas selectivas un número de aspirantes superior al de plazas convocadas, en cuanto la sentencia, entre paréntesis, dice (hay que entender que son las de la oposición). II.4) Error de la sentencia al no incluir, en la redacción de las bases de la convocatoria, las bases decimosexta y decimoséptima, que son de especial trascendencia, pues la decimosexta faculta al tribunal calificador a resolver todas las dudas que puedan presentarse durante el desarrollo del proceso selectivo y a adoptar las resoluciones, criterios y medidas en los aspectos no regulados o insuficientemente regulados por las bases, lo que guarda relación con lo que constituye el quid del proceso, que es la utilización en la realización de la prueba del Cuadrante de Miller de uno u otro parámetro, pues por el tribunal, al inicio del cuarto ejercicio, en la reunión mantenida con el Dr. Herrero, asesor del tribunal, se decidieron las circunstancias en que debía realizarse el ejercicio. II.5) El espirómetro utilizado constaba que estaba debidamente calibrado, es válido para extraer el Diagnóstico de Miller y los datos que arrojó el espirómetro en el Cuadrante de Miller son los que tuvo en cuenta el tribunal calificador, siendo el espirómetro el mismo utilizado por uno de los doctores a los que acudieron los opositores. II.6) La redacción de la sentencia es inadecuada en cuanto dice que hasta la convocatoria y práctica del reconocimiento médico, el tribunal calificador había acordado que tenían que realizar esa prueba ocho aspirantes, cuando lo correcto hubiera sido decir que al

cuarto ejercicio de la fase de oposición fueron convocados los ocho aspirantes que habían superado el tercer ejercicio anterior, que es lo que se desprende del acta del tribunal calificador. II.7) La sentencia hace una descripción de hechos que dice que no han pasado desapercibidos al órgano judicial, que pueden resultar tendenciosos y maledicentes, respecto de la actuación del tribunal, que no han quedado probados, siendo los hechos: 1) que se han declarado aptos en la prueba de reconocimiento médico al mismo número de aspirantes que plazas a cubrir, y que los tres no aptos lo han sido por el mismo motivo. 2) El tribunal calificador, atendiendo a lo alegado en los recursos de alzada y a los documentos médicos aportados, no haya solicitado, a efectos de formar su criterio para informar sobre los mismos, la opinión del asesor médico que ha realizado la prueba y ha firmado su resultado. No parece razonable que haya prescindido de este asesoramiento dado que en los recursos de alzada se está cuestionando la validez de la prueba realizada. 3) Que no se haya ninguna referencia a la relación entre el resultado obtenido en el reconocimiento médico y la incidencia que ello pueda tener para el ejercicio de las funciones de bombero ... hay que señalar que el anexo I dicho no recoge ningún cuadro de exclusiones sino las condiciones a que se ajustará el reconocimiento médico, que tendrá carácter eliminatorio, sin especificar qué resultado o resultados de los previstos es/son el eliminatorio. Respecto de este último: -el error está en no apreciar la obligada aplicación de lo dispuesto en la base 11.4 y en su lugar interpretar lo dispuesto en la base 10.4. -El anexo I es un cuadro de exclusiones y además tiene carácter eliminatorio. II.8) La prueba practicada en el procedimiento: 1) no es cierto que no se sepa cuál de los resultados del Cuadrante de Miller es eliminatorio, pues el anexo lo dice claramente. 2) Las pruebas periciales aportadas por los demandantes no es suficiente para desvirtuar la prueba del Cuadrante de Miller realizada. III) Incongruencia de la sentencia: III.1) la sentencia reconoce una anulación que no ha sido pedida por ninguna de las partes, como es la repetición de la prueba de espirometría, sino que se pidió la anulación de la lista de resultados para ser incluidos en ella como aptos. III.2) Nunca se recurrió la prueba de espirometría en sí misma, sino la lista de los resultados del cuarto ejercicio. III.3) La repetición de la prueba viene provocada porque se consideran inválidos los resultados obtenidos según un parámetro y se mantiene la validez de los resultados obtenidos con ese

mismo parámetro por los que fueron declarados aptos. III.4) La sentencia anula la decisión del tribunal de la lista de resultados del cuarto ejercicio, pero no anula la calificación definitiva. IV) La sentencia infringe los principios de igualdad, mérito y capacidad entre los opositores: IV.1) si el argumento para anular la declaración de no apto de los demandantes es la falta de motivación, se incurre en clara desigualdad porque el tribunal tampoco ha motivado las declaraciones de aptos, al igual que sucede con otras pruebas sobre lo que nada se dice. IV.2) Lo mismo cabe decir respecto del resultado de la espirometría, pues si el parámetro utilizado para los declarados aptos es correcto según la sentencia, se debe dar por correcto para todos, independientemente del resultado. V) La sentencia vulnera la discrecionalidad técnica del tribunal calificador, pues la decisión de utilizar un parámetro u otro dentro de los posibles es una facultad del tribunal que entra dentro de la discrecionalidad técnica. VI) La forma en la que debe repetirse la prueba, según la sentencia, modifica sustancialmente la prueba, quebrando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La representación de D. Pablo Otero Muro solicita la revocación de la resolución recurrida en base a los siguientes motivos: I) obtuvo una puntuación de 34,146 puntos tras los tres primeros ejercicios; de haber sido declarado apto, conforme a los informes médicos aportados, tendría derecho a acceder a plaza en la calificación definitiva de la fase de oposición y ser propuesto para su nombramiento en prácticas y ser emplazado para realizar el curso de formación y periodo de prácticas. II) La realización de la prueba de espirometría debió realizarse partiendo de un sistema de medición FEV 1 segundo, por lo que debe repetirse la prueba a todos los aspirantes que accedieron a la prueba cuarta en las mismas condiciones. III) El tribunal calificador no ha motivado la declaración de no apto, pues se ha aportado un cuadrante de Miller mal representado y sin la documentación necesaria para su adecuada comprensión, interpretación y valoración. Tampoco el resultado de no apto ha sido motivado. IV) Todos los informes de especialistas objetivan la ausencia de restricción u obstrucción respiratoria, así como de limitación o incapacidad; la espirometría realizada por el Ayuntamiento carece de rigor técnico y médico exigible y sus conclusiones son erróneas y arbitrarias. V) El fundamento V de la sentencia incurre en contradicciones internas: 1) el apelante ha aportado hasta

cinco informes médicos exhaustivos que permiten fundar la declaración de aptitud por parte del tribunal. 2) El tribunal calificador ha incurrido en manifiesto error al desdeñar las pruebas médicas aportadas con el recurso de alzada, que, sin necesidad de repetir la prueba, permiten calificar como apto al apelante. 3) La decisión del juzgador de anular la espirometría realizada en base a los informes médicos aportados va pareja a la declaración de aptitud del demandante. VI) No es necesario realizar una nueva espirometría, pues se dispone de hasta cinco pruebas periciales que avalan la aptitud del apelante, informes que además cumplen el requisito de que sea utilizado el valor FEV 1. VI) La nueva prueba de espirometría resulta superflua y vulnera el principio de igualdad. VII) Si la prueba de espirometría realizada con el FEV 0'5 resulta nula para el apelante y nula la lista del ejercicio cuarto, no puede repetirse solamente la espirometría para tres aspirantes. VIII) Las consideraciones del fundamento de derecho VI de la sentencia son desafortunadas y contradictorias: 1) la relación de aprobados propuesta por el tribunal calificador está afectada por la invalidez de la decisión de este tribunal de declarar a los demandantes no aptos en el ejercicio cuarto, pues si éstos son declarados aptos, la relación de aprobados está viciada de nulidad. 2) Si los demandantes superan la cuarta fase de oposición y son declarados aptos tras el reconocimiento, al haber superado la oposición, ocuparán los cinco primeros puestos de la oposición tras las cuatro primeras pruebas de la fase I, teniendo derecho a ser los únicos que accedan a la fase de formación y prácticas. 3) No entra dentro de las facultades del tribunal exceder el ámbito del debate y modificar las bases de la oposición, ampliando de cinco a ocho el número de plazas, como se desprende del fundamento de derecho VI de la sentencia. 4) El pedimento 4 del suplico de la demanda descarta a los opositores con peor puntuación y es compatible con la declaración de aptitud conforme a los informes médicos disponibles. VIII) Infracción del artículo 9 del RD 869/1991, pues la prueba practicada evidencia que el apelante cumple los requisitos de aptitud para estimar el suplico de la demanda en sus propios términos. IX) Infracción de los artículos 91 de la Ley de Bases del régimen Local y 55 del EBEP, en cuanto la espirometría aportada por el Ayuntamiento, conforme al Cuadrante de Miller, no respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad, ni de publicidad y motivación, al haberse denegado los resultados completos de la prueba a la parte y

si se acepta que los opositores con menor puntuación queden calificados de igual forma que el apelante, se transgreden los principios de igualdad, mérito y capacidad en la realización de la prueba. X) Vulneración del artículo 5 del RD 364/1995, porque la prueba realizada por el Ayuntamiento carece de objetividad y racionalidad en el proceso selectivo. XI) Vulneración del artículo 77.7 de la Ley 39/2015, en cuanto la propuesta de resolución del Ayuntamiento no hace mención alguna sobre la valoración de las pruebas practicadas, criterios empleados o una definición mínima de los criterios empleados para la realización de una espirometría en parámetros científicamente adoptados. XII) La solución de repetir la prueba sólo a los tres aspirantes con mejor calificación declarados no aptos incurre en una trasgresión de las bases. XIII) Infracción del artículo 61 del RD 364/1995, apartado 2. XIV) La Administración tenía la obligación de resolver el recurso de alzada en el plazo de tres meses, con la debida motivación (artículos 122.2, 21.1 y 35 de la LPA). XV) El cumplimiento de la sentencia en sus propios términos supone un agravio comparativo para el recurrente, que vería reconocidos sus derechos económicos y de antigüedad como funcionario con más de tres años de retraso respecto de los demás opositores. XVI) Incongruencia omisiva porque la sentencia deja de juzgar el pedimento quinto del suplico de la demanda.

La representación de D. Abel Pérez Gutiérrez se ha opuesto al recurso de apelación en base a los siguientes motivos: I) el apelado no presenta patología alguna que limite, impida o dificulte su labor como bombero, lo que evidencia: -la nota obtenida en las pruebas físicas; -ausencia de antecedentes neumológicos previos; -el desempeño del puesto de trabajo de bombero como funcionario interino para el propio Ayuntamiento de Miranda de Ebro, habiendo superado el reconocimiento médico, espirometría incluida. II) La demandada ha incumplido su deber de motivación, como dice la sentencia apelada. III) Error grosero en la realización de la prueba, que altera los resultados de la espirometría. IV) Los informes médicos aportados desvirtúan el resultado de la espirometría y evidencia que el apelado estaría incluso por encima de la media. V) Llama poderosamente la atención que en la última prueba de la fase de oposición, a la que concurren ocho aspirantes, fueran eliminados tres por la misma causa, coincidiendo el número de opositores que superaron la prueba con el número de plazas, además de tratarse de

aspirantes que tendrían derecho a ocupar una de las plazas ofertadas. VI) Correcta apreciación de la prueba por parte del juzgador.

La representación de D. Miguel Hernando Martín se ha opuesto al recurso de apelación en base a los siguientes motivos: I) no existe error en la apreciación de la prueba por parte del juzgador; lo que se pretende, por la apelante, es una redacción diferente a la de la sentencia realizando una propia valoración que no aparece debidamente justificada. II) La propuesta de redacción alternativa es intrascendente para el fallo. III) El resultado de la prueba practicada acredita: -la existencia de un error manifiesto en la actuación administrativa en la práctica de la prueba médica por la Administración. -El apelado no padece patología respiratoria de ningún tipo. IV) No existe incongruencia en la sentencia apelada: el apelado solicitó, además de la nulidad de las resoluciones impugnadas, que se le declarase apto, petición dentro de la que se incluye el pronunciamiento contenido en la sentencia en cuanto a la repetición de la prueba, pues “quien pide lo más, pide lo menos”, porque se trata de una relación cuantitativa dentro de la misma pretensión. V) Respecto a la alegación del recurrente de que, a pesar de anular la lista de resultados del 4º ejercicio, no anula la calificación definitiva, señalar que la calificación definitiva deriva directamente de la lista de resultados de dicho ejercicio, por lo que, conforme a lo establecido en el 49.1 Ley 39/2015, el acto viciado transmite la anulabilidad a aquellos otros que entroncan con el mismo por encontrarse en una relación de subordinación. VI) La sentencia de instancia en ningún caso ha conculcado la discrecionalidad técnica del Tribunal calificador, ni, con su decisión sobre el trámite a seguir, ha llevado a cabo una usurpación o sustitución de la decisión de éste.

La representación de D. Andrés Guerrero Marcos, D. Germán Páramo Maestro y D. Rubén Mariscal Díaz de Sarralde, en relación con el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, alega: I) no se opone al recurso de apelación, salvo en lo que respecta al fundamento de derecho sexto de la Sentencia nº101, respecto del cual muestra conformidad. II) El resultado de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en el procedimiento selectivo no tiene porqué perjudicar a los que han superado el mismo y han actuado de buena fe, más concretamente si no han participado en la comisión de esas irregularidades. III)

Doctrina sobre la ampliación de las plazas convocadas en ejecución de una decisión judicial.

La representación de D. Pablo Otero Muro se ha opuesto al recurso de apelación en base a los siguientes motivos: I) implícitamente la sentencia recoge la inadmisión de la prueba pericial y/o testifical de D. Fernando Herrero Román, inadmisión plenamente justificada por su impertinencia y extemporaneidad, inexistencia de soporte técnico como pericial e intervención decisiva en las declaraciones como no aptos. II) No existe error en la valoración de la prueba, lo que se pretende es sustituir el criterio del juzgador, razonado conforme a las reglas de la sana crítica, por el del Ayuntamiento de Miranda de Ebro: -el cuarto ejercicio se denomina, en las bases, reconocimiento médico y tiene por finalidad verificar si los opositores tenían alguna restricción u obstrucción pulmonar y/o respiratoria que les impidiera desempeñar la función de bombero. -La prueba no puede realizarse por un médico sin cualificación necesaria y de modo no admitido por organizaciones médicas especializadas. -Las bases 13, 14 y 16 carecen de relevancia para la resolución del asunto. -La resolución del recurso de alzada tuvo lugar sin solicitar ningún informe médico ni prueba complementaria, ni justificando la realización de la espirometría como se hizo. -la prueba de espirometría sólo es admisible con el parámetro FEV 1 segundo. -En el caso del Sr. Otero Muro no existía obstrucción ni restricción operatoria, como resulta de la prueba practicada, y la prueba realizada por el Ayuntamiento resultó defectuosa en el fondo y la forma. -Todas las circunstancias que destaca el juzgador en el apartado segundo del fundamento de derecho tercero son objetivas y no suponen ningún juicio crítico sobre la actuación del Tribunal Calificador, se limitan a constatar cuestiones relevantes al objeto de justificar el fallo. -La prueba aportada evidencia lo erróneo de la espirometría realizada por el Ayuntamiento. III) Actos propios del Ayuntamiento que, según se desprende de la prueba aportada, para evaluar la aptitud física de los funcionarios realiza las espirometrías con el empleo del parámetro FEV 1 segundo. IV) La condición de peritos de parte de los neumólogos que han intervenido no sirve para desacreditar a estos especialistas, ni tampoco el hecho de que los tres opositores declarados no aptos acudieran a los mismos peritos. V) Los documentos obrantes en el expediente administrativo impiden una correcta interpretación o comprensión de la

espirometría, conforme objetivan todos los informes aportados. VI) La sentencia no ha incurrido en incongruencia, sino que ha buscado una fórmula salomónica. VII) Es patente que no se ha motivado la declaración de no apto ni el resultado obtenido. VIII) Falta de vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad y de injerencia en la discrecionalidad del Tribunal calificador.

La representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro se ha opuesto a la adhesión al recurso de apelación en base a los siguientes motivos: I) desviación procesal. II) Incongruencia interna de la adhesión a la apelación. III) Los Motivos de Fondo esgrimidos en el escrito de Adhesión, denominado “Bases Fácticas”, relativas a: 1.1. Convocatoria y Bases; 1.2- Calificación en los 3 primeros ejercicios; -1.3 La Espirometría y la falta de motivación y el -1.4- La aptitud de mi mandante, no pueden entenderse, ni tenerse por verdaderos motivos de apelación vía adhesión, porque son un simple relato de lo que subjetivamente esa parte considera como hechos o bases fácticas; ni tampoco son, ni han sido los hechos probados de la sentencia. IV) En cuanto al segundo de los Motivos de Fondo esgrimidos en el escrito de Adhesión, denominado “Nulidad de la Lista Definitiva de 17 de abril de 2019 y Declaración de mi mandante como apto”, cuando esta lista definitiva es la de la suma total de las calificaciones de los cuatro ejercicios de la oposición, pero no califica ninguna aptitud, no se entiende que se pretenda la declaración de aptitud en la prueba de espirometría, sin necesidad de repetición de la prueba, cuando esta aptitud se califica en la lista de resultados del 4º ejercicio de 12 de abril y no en la lista de calificación definitiva del 15 de abril. V) La declaración judicial de aptitud de los demandantes con base en informes médicos de parte, obtenidos ultra proceso selectivo supondría una auténtica vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad y, además, supondría también una suplantación de las facultades y de las competencias del Tribunal Calificador. VI) Las dos únicas representaciones gráficas automáticas del Cuadrante de Miller (que era la única prueba que según las bases correspondía hacer en la espirometría) presentadas por los dos otros candidatos, también demandantes, el Sr. Miguel Hernando y el Sr. Abel Pérez, fueron hechas por el Doctor J.P. García Muñoz se ve que el resultado es también obstructivo y además también se utiliza el parámetro FEV 0.5, por lo que no es un uso médico incorrecto, cuando otro doctor también lo utiliza. VII) La sentencia acertadamente sí

resuelve sobre los pedimentos examinados en los fundamentos de derecho VI y VII de la sentencia y lo hace acertadamente, desestimándolos, porque si repitiéndose la prueba de la espirometría ésta no se llegara a superar, obviamente no se le podría declarar apto en el 4º ejercicio y por ende, no pasaría a la segunda fase del nombramiento de prácticas para la realización del curso de formación, y posteriormente así lo vuelve a aclarar el juzgador en el Auto de Aclaración de sentencia solicitada por esta misma parte, dictado en fecha 15 de junio de 2019, en el que concluye que no se puede hacer pronunciamiento de futuro, ni en hipótesis dado que ello es contrario al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa. VIII) El Cuarto motivo, que se dice de infracciones legales de la sentencia, Inadmisión, incongruencia, pese al título del motivo, en realidad, se dedica a combatir lo que se considera infracciones legales cometidas en el proceso selectivo, en la actuación del Tribunal Calificador, en la prueba de espirometría, en el resultado del 4º ejercicio, pero sin que ninguna de estas infracciones sean cometidas directamente por el dictado de la sentencia, que es lo que corresponde hacer en este momento procesal. IX) Sobre el Quinto motivo de la Retroactividad. Inadmisión, no se puede hablar tampoco, ni mucho menos conceder efecto retroactivo alguno, cuando se está pendiente, en su caso, de la repetición de la prueba de espirometría y cuando además no se tiene seguridad alguna de que aún superándola y siendo nombrado como funcionario en prácticas se supere luego el curso de formación de 6 meses y tampoco cuando no se tiene la certeza de que en el pasado, de haber sido nombrado en prácticas junto con el resto de los otros opositores necesariamente hubiera superado el curso de formación.

SEGUNDO. Antecedentes de la resolución administrativa recurrida y motivación de la sentencia apelada.

Es necesario enumerar, con carácter previo al análisis de los motivos de impugnación de la sentencia apelada planteados por el recurrente, los siguientes antecedentes para una mejor comprensión de las cuestiones debatidas:

1º El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto frente a los siguientes actos administrativos: 1) D. Pablo Otero Muro, contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto por D. Pablo Otero Muro

frente a la decisión del Tribunal Calificador de la prueba médica, adoptada en sesión celebrada el día 12 de abril de 2019, correspondiente al proceso selectivo por oposición libre para la provisión de cinco plazas de bomberos del Servicio contra Incendios, en régimen funcional, para el Ayuntamiento de Miranda de Ebro; 2) D. Miguel Hernando Martín y D. Abel Pérez Gutiérrez, contra la resolución de Alcaldía de fecha 20 de agosto de 2019, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a los acuerdos del Tribunal Calificador del referido proceso selectivo, adoptados en las sesiones celebradas los días 12 y 15 de abril de 2019.

2º En la resolución que resuelve el recurso de alzada, respecto del recurso interpuesto por los tres citados anteriormente, se dice: Vistas las deliberaciones del Acta del Tribunal Calificador de la oposición de cinco plazas de bomberos de 10/10/2019, emitida para el examen y resolución de los citados recursos de alzada que se recogen en el acta que transcrita literalmente dice: (se reproduce el contenido del acta). Vistas las Bases que rigen el presente proceso selectivo ... Visto el expediente en el que consta el desarrollo de dicha oposición y del que se desprende que la misma se ha celebrado respetando los principios básicos de ingreso a la función pública en cuanto al derecho a acceder en condiciones de igualdad de todos los opositores y el cumplimiento de los requisitos de mérito, capacidad y publicidad, así como que el Tribunal Calificador la ha desarrollado con total garantía de imparcialidad y profesionalidad, cumpliendo lo establecido en las bases de esta convocatoria.

3º La sentencia apelada, como se ha dicho, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo acumulado, en base a los siguientes motivos: 1) Pretensión anulatoria ejercida por la parte demandante respecto a la decisión adoptada por el tribunal calificador declarándoles no aptos en la prueba del reconocimiento médico y respecto a la desestimación del recurso de alzada que han interpuesto frente a esa decisión: La respuesta a esa primera cuestión ha de ser positiva a la tesis que sostienen los demandantes por lo que se acepta lo alegado en defensa de la pretensión dicha y por ello procede, y así se acuerda por medio de esta sentencia, anular la decisión del tribunal calificador y la que desestima los recursos de alzada interpuestos frente a la misma únicamente en la parte que declara que los demandantes son no aptos en la prueba de reconocimiento médico

y, por ello, les elimina del proceso selectivo, concretamente de la fase de oposición. Así resulta de las consideraciones que se van a hacer a continuación: 1ª El tribunal calificador no ha motivado la declaración de no apto de los demandantes en la prueba de reconocimiento médico. La base 10,4 de las que rigen la convocatoria, como se ha dicho, determina que el cuarto ejercicio de la fase de oposición será el reconocimiento médico, que tendrá por objeto la constatación de las condiciones médicas y físicas de los aspirantes para el ejercicio de su cargo, de conformidad con el cuadro de exclusiones que figura en el anexo I. El referido anexo I, como también se ha dicho, no contiene un cuadro de exclusiones sino que se refiere al reconocimiento médico diciendo que tendrá carácter eliminatorio y se ajustará a las condiciones establecidas en el cuadro que se menciona, que para la espirometría es el siguiente: Resultado en el cuadrante Miller: obstructivo, restrictivo o combinado. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que no se dice cuál de los resultados señalados es eliminatorio, lo que apoya la idea de que el resultado que se obtenga debe ponerse en relación, necesariamente, con lo señalado en la base 10,4 de las que rigen la convocatoria. Nada dice el tribunal calificador, siendo ello preceptivo atendiendo a la base 10,4 referida, sobre la incidencia que tiene el resultado obtenido en la prueba de espirometría sobre el ejercicio de las funciones propias de bombero. 2ª El tribunal calificador no ha motivado el resultado obtenido en la espirometría. La falta de motivación se ha producido en dos momentos diferentes. El primero de ellos lo es en relación con el informe firmado por el médico asesor en el que se les declara no aptos atendiendo al resultado “obstructivo” obtenido en el Cuadrante de Miller. Los informes periciales han sido unánimes al decir que ese cuadrante no es suficiente para valorar el resultado obtenido en cuanto que de la espirometría completa se deben obtener curvas y parámetros de manera que lo aportado al tribunal solamente es la representación gráfica en el Cuadrante de Miller. El segundo momento en el que se ha producido la falta de motivación ha sido al resolver los recursos de alzada interpuestos por los demandantes en cuanto que, habiendo aportado informes periciales en los que se recoge la necesidad de contar con otros datos a mayores del cuadro obtenido y el valor a utilizar, no se ha oído al asesor médico del tribunal habiendo mantenido el tribunal el criterio inicial sin contrastar lo dicho en los informes periciales y, en definitiva, sin rebatirlo

motivadamente, si es que procede, con un criterio técnico. No puede dejar de señalarse que el informe del tribunal calificador se emite el día 10 de octubre de 2019 resultando que los recursos de alzada interpuestos se resuelven casi un año después, concretamente el 20 de agosto de 2020 sin que conste ningún hecho que pueda justificar ese retraso. 3ª La espirometría no se ha realizado según los valores aplicables para adultos. Las bases de la convocatoria, concretamente el anexo I, no indican el valor a tener en cuenta para obtener el resultado de la espirometría según el Cuadrante Miller. La espirometría hecha a los demandantes ha tenido en cuenta el valor 0,5 segundos. Los informes periciales no dejan lugar a dudas respecto a que el valor a considerar es 1 segundo resultando que ese valor no contraviene las bases de la convocatoria dado que, como se ha dicho y hay que insistir en ello, las mismas no establecen ningún valor al respecto siendo el valor 1 segundo el utilizado en toda la práctica médica. Lo dicho permite concluir que la espirometría hecha a los demandantes no es la adecuada por no haber utilizado el valor 1 segundo por lo que su resultado tampoco es el correcto y por ello no puede tenerse en cuenta para declararlos no aptos en el reconocimiento médico. II) Pretensión ejercida por los demandantes orientada, en lo esencial, a que se les declare, reconociéndoles el correspondiente derecho, aptos en la prueba de reconocimiento médico: **Lo alegado por las partes demandantes en defensa de esta pretensión de plena jurisdicción no puede tener favorable acogida por lo que la misma debe ser desestimada aunque ello no impide reconocerles el derecho, y así se acuerda por medio de esta sentencia, a que se les vuelva a realizar el reconocimiento médico en las condiciones que se determinen en esta sentencia y que puedan ser declarados aptos por el tribunal calificador a la vista del resultado obtenido en ese reconocimiento y atendiendo a la valoración que haga el tribunal calificador según el contenido de la base 10,4 de las que rigen la convocatoria.** El reconocimiento del derecho en los términos acordados no supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 33,1 de la LJCA en cuanto que ese reconocimiento está dentro de la pretensión ejercida por la parte demandante pudiendo aplicarse el criterio de que quien pretende lo más puede obtener menos de lo pretendido. Así resulta de lo que se va a indicar a continuación: 1º No es posible que, por medio de esta sentencia, se declare que los demandantes han superado el reconocimiento

médico, que es, como se ha dicho, el cuarto ejercicio de la fase de oposición, dado que esa decisión corresponde al tribunal calificador y ha de adoptarse por él al formar parte de la llamada discrecionalidad técnica sin que este Órgano Judicial pueda sustituirle en esa función debiendo recordarse a este respecto lo que dispone el artículo 71,2 de la LJCA y la jurisprudencia dictada al efecto. A este respecto hay que señalar tres cosas: -No nos encontramos ante un error patente del tribunal calificador. -No se disponen de datos para decidir que los demandantes son aptos dado que el resultado obtenido en la espirometría se ha considerado insuficiente y carente de motivación. -Los datos médicos de los demandantes contenidos en los informes periciales aportados no son suficientes para entender que el resultado de la espirometría no es obstructivo. Esos datos los tiene que obtener el tribunal calificador de la prueba realizada a cada demandante. ... estamos ... ante el resultado de una prueba médica que ha de valorarse según ya se ha dicho. 2º La anulación de la decisión del tribunal calificador declarando a los demandantes no aptos en la prueba de reconocimiento médico tiene como consecuencia que los mismos no ha sido eliminados del procedimiento selectivo y como participantes en él tienen derecho a realizar esa prueba, a que se les valore la misma y a que se decida lo que corresponda atendiendo a la valoración realizada. Siendo esto así, se reconoce a los demandantes el derecho a que la Administración demandada les haga el ejercicio dicho, la espirometría, condenando a la Administración demandada a ello debiendo realizarlo de la siguiente manera: -El cuarto ejercicio se deberá concluir en el plazo máximo de tres meses desde que esta sentencia sea firme. -Se deberán nombrar personal colaborador o asesor del tribunal, que deberán ser tres médicos especialistas en neumonía que ejerzan la profesión en el sistema nacional de salud. Con esta decisión no se duda de la profesionalidad ni de la capacidad del asesor del tribunal que ha ejercido sus funciones durante el desarrollo del cuarto ejercicio, concretamente en la realización de la espirometría. Lo que se quiere es que ese órgano asesor sea colegiado y de la especialidad acorde con la prueba a realizar y ello porque la prueba, como se ha dicho, exige una interpretación técnica siendo deseable que se haga de manera colegiada y por médicos especialistas. -La prueba de espirometría deberá realizarse con el mismo apartado utilizado para la anterior u otro similar, debidamente calibrado utilizando siempre el valor 1 segundo y

obteniendo toda la documentación ya dicha, que será valorada e informada por los asesores nombrados. -A la vista de lo informado por los asesores, el tribunal decidirá sobre cada uno de los demandantes declarándoles, según corresponda, aptos o no aptos y, en todo caso, motivando la decisión según lo dicho en la base 10,4 de las que rigen la convocatoria. 3º La repetición de la prueba según se ha dicho solamente se hará para los demandantes y no para los que ya han sido declarados aptos por el tribunal calificador dado que nada se ha pretendido en este sentido debiendo tenerse en cuenta que ello no contraviene los principios de igualdad, mérito y capacidad atendiendo al criterio que al respecto mantiene la jurisprudencia. III) Pretensión anulatoria que ejercen los demandantes respecto a la decisión del tribunal calificador proponiendo el nombramiento de los cinco aspirantes que ha sido declarados aptos en el reconocimiento médico y han superado la fase de oposición y respecto a la decisión de la Señora Alcaldesa desestimado los recursos de alzada interpuestos frente a la misma: **Lo alegado por las partes demandantes en defensa de la pretensión indicada no puede tener favorable acogida por lo que la misma debe ser desestimada sin que ello sea ningún obstáculo para que los demandantes, si son declarados aptos en el ejercicio consistente en el reconocimiento médico que debe realizarse según se ha dicho en el fundamento de derecho anterior, deban ser propuestos por el tribunal calificador como aprobados en la fase de oposición con todas las consecuencias y efectos que ello produzca.** Ello es así atendiendo a las siguientes consideraciones: 1ª La relación de aprobados propuesta por el tribunal calificador no está afectada por la invalidez de la decisión de ese tribunal declarando a los demandantes no aptos en el cuarto ejercicio. 2ª El mantenimiento de la relación de aprobados aprobada por el tribunal calificador en la sesión celebrada el día 15 de abril de 2019 no impide que los demandantes, si superan la fase de oposición, concretamente si son declarados aptos en el reconocimiento médico atendiendo a las actuaciones a llevar a cabo según ya se ha dicho, puedan ser declarados por el tribunal calificador como aspirantes que han superado la fase de oposición. En este apartado se considera aplicable el criterio que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo según el cual el resultado de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en el procedimiento selectivo no tiene porqué perjudicar a los que han

superado el mismo y han actuado de buena fe, más concretamente sino han participado en la comisión de esas irregularidades. En apoyo de lo dicho se reiteran las sentencias ya señaladas, No se considera, porque nada resulta en ese sentido de la prueba practicada, que los ya aprobados hayan tenido alguna intervención en la actuación del tribunal calificador que ha acordado declarar no aptos a los demandantes en el reconocimiento médico beneficiándose de esa decisión por lo que deben estar amparados por los principios de seguridad jurídica y buena fe. 3ª Tampoco existe ningún impedimento para aplicar lo dicho por el hecho de que las bases de la convocatoria determinen que el tribunal no puede aprobar ni declarar que han superado las pruebas selectivas (hay que entender que es la fase de oposición por el lugar que ocupa en las bases de la convocatoria esa prohibición) un número de aspirantes superior a las plazas convocadas. Ese límite rige cuando el tribunal actúa aplicando las bases pero no cuando, como va a ocurrir en el presente caso, lo hace en ejecución de una decisión judicial. IV) Pretensión de plena jurisdicción ejercida por los demandantes y orientada a que se les declare que han superado la fase de oposición y se les reconozca el derecho a ser nombrados para el curso selectivo y, en su caso, a ingresar en el cuerpo de bomberos como funcionarios del Ayuntamiento de Miranda de Ebro: **Lo alegado en defensa de esta pretensión debe rechazarse por lo que procede, y así se acuerda por medio de esta sentencia, la desestimación de la misma.** Ello resulta y es consecuencia de los pronunciamientos acordados en los fundamentos de derecho precedentes. El derecho pretendido por los demandantes no puede reconocerse por medio de esta sentencia sin que ello impida que lo puedan obtener atendiendo a lo que resulte de las actuaciones que debe llevar a cabo el Ayuntamiento demandado respecto de la prueba de reconocimiento médico, concretamente de la espirometría, y de lo que al respecto acuerde al tribunal calificador a lo que hay que añadir que la superación de la fase de oposición no supone la superación del procedimiento selectivo ni tampoco evita que no se tenga que realizar la fase de formación y periodo de prácticas, que es necesario superar para ser nombrado funcionario de carrera. V) Pretensión ejercida por los demandantes respecto a los derechos administrativos y económicos: **Lo alegado en defensa de esta pretensión también debe rechazarse sin que ello impida que la misma pueda ejercerse en otro momento en el supuesto de**

que los demandantes superen la fase de oposición y también la fase de formación y periodo de prácticas por lo que la misma debe, y así se acuerda, desestimarse. Desde luego, la estimación de la pretensión anulatoria en los términos acordados en esta sentencia no permite entender, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 31,2 de la LJCA (no nos encontramos ante una acción de responsabilidad patrimonial ejercida de manera autónoma), que exista algún daño que, en este momento, pueda ser indemnizable siendo evidente que la anulación de la decisión de declarar a los demandantes no aptos en el reconocimiento médico y la de volver a calificar ese ejercicio según se ha dicho no incide en ninguna situación administrativa ni en ningún derecho de esta naturaleza o de contenido económico. Los demandantes, atendiendo a lo acordado, no están excluidos/eliminados del procedimiento selectivo continuando en el mismo con todos los efectos y consecuencias que ello les pueda producir de manera que los derechos y las situaciones administrativas que les corresponden son, en estos momentos, las propias de esa permanencia y así se les ha reconocido ya por esta sentencia.

4º En los suplicos de los escritos de demanda, los actores solicitaron: A) el Sr. Otero Muro: 1.-) La nulidad y revocación de la lista de la 4ª prueba de la oposición de referencia, de 12 de abril de 2019, con declaración de aptitud del firmante. 2.-) La nulidad y revocación de la lista definitiva de calificación de los aspirantes de 15 de abril de 2019, conforme a la puntuación obtenida en las tres primeras pruebas selectivas, reconociendo al mismo la aptitud, y la puntuación obtenida en el expediente administrativo de 34'146 puntos. 3.-) Se revoque la lista definitiva de calificación de los aspirantes y se adjudique al firmante la 3ª plaza de la oposición conforme a la puntuación obtenida, o la 4ª que corresponda al existir un aspirante más afectado con puntuación superior. 4.-) Se reconozca y conceda al firmante el derecho a tener la plaza en la calificación definitiva de la fase de oposición, teniendo al mismo por propuesto para su nombramiento en prácticas y emplazándole para su presentación ante el SAC del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro, dentro del plazo que legalmente se establezca, con la documentación oportuna al objeto de realizar el curso de formación y el período de prácticas previsto en la convocatoria y a acceder en definitiva a la plaza que en definitiva le corresponde. 5.-) Todo ello con efectos retroactivos y pago de los salarios que le hubiera correspondido percibir de

haber sido declarado “apto” y de haber accedido a la fase de formación y prácticas y a la plaza que en definitiva le corresponde. ... B) El Sr. Hernando Martín: a.-) Anule y deje sin efecto las resoluciones impugnadas, y, para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, b.-) Declare/reconozca el derecho que tiene el recurrente D. Miguel Hernando Martín, a ser declarado apto en la prueba de reconocimiento médico establecida en la oposición y figurar como apto en la resolución de calificación definitiva y en la relación de aspirantes aprobados y que son propuestos para su nombramiento en prácticas, al tener una puntuación de 32´216 puntos superior a tres (Sres. Mariscal Díaz de Sarralde (32´07) y Páramo Maestro (31´162 y Guerrero Marcos (25´033) de los que en la resolución impugnada figuran como aptos/aprobados y propuestos para su nombramiento en prácticas; y c.-) Declare/reconozca el derecho del recurrente a ingresar en el cuerpo de bomberos del servicio contra incendios con el puesto de orden n.º 5, en régimen funcional para el Ayuntamiento de Miranda de Ebro y ser nombrado con los efectos administrativos y económicos desde la fecha en que tomaron posesión los integrantes de la promoción en cuya oposición participó, y C) El Sr. Pérez Gutiérrez: Anular dichas resoluciones y se declare al recurrente apto en la cuarta prueba (reconocimiento médico) del proceso selectivo por oposición para la provisión de cinco plazas de bomberos del servicio contra incendios en régimen funcional para el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, incluyendo al actor en la relación de aspirantes aprobados para bombero del Ayuntamiento de Miranda de Ebro en la fase de oposición, al haber obtenido el recurrente 35´20 puntos en la fase de oposición correspondiendo al mismo la segunda plaza de las cinco ofertadas, debiendo ser propuesto para su nombramiento en prácticas, todo ello con condena en costas de la demandada y con todos los pronunciamientos económicos y administrativos añadidos.

5º Las bases de la convocatoria establecen: I) **SEGUNDA.- CONDICIONES DE LOS/AS ASPIRANTES.** 2.8. Acreditar la aptitud física mediante la presentación de un certificado médico extendido en impreso oficial y firmado por un colegiado en ejercicio, en el que se haga constar expresamente que el aspirante reúne las condiciones físicas y sanitarias necesarias y suficientes para la realización de los ejercicios físicos integrantes del segundo ejercicio de la fase de oposición. En todo

caso, este certificado médico no excluirá las comprobaciones posteriores que integran la prueba de reconocimiento médico prevista como ejercicio cuarto de la fase de oposición. ... II) **SEXTA.- TRIBUNAL CALIFICADOR.** 6.3. El Tribunal podrá solicitar, nombramiento de personal colaborador o asesores especialistas para todas o algunas de las pruebas selectivas, que prestarán apoyo en tareas no selectivas y se limitarán a asesorar en sus especialidades técnicas. III) **NOVENA: PROCESO DE SELECCIÓN.** El proceso selectivo constará de dos fases: 1ª) Fase de oposición y 2ª) Fase de Formación y periodo de prácticas. IV) **DÉCIMA.- PROGRAMA Y EJERCICIOS DE LAS FASE DE OPOSICIÓN** La fase de oposición estará integrada por cuatro ejercicios, todos ellos de carácter obligatorio y eliminatorio. ... 10.4.- Cuarto ejercicio: Reconocimiento médico: Tendrá por objeto la constatación de las condiciones médicas y físicas de los aspirantes para el ejercicio de su cargo, de conformidad con el cuadro de exclusiones que figura como Anexo I. V) **UNDÉCIMA.- CALIFICACIÓN DE LA FASE DE OPOSICIÓN.** ... 11.4 El cuarto ejercicio, Reconocimiento médico los aspirantes serán calificados como APTO o NO APTO. Y será eliminatoria. VI) **DUODÉCIMA.- CALIFICACIÓN DEFINITIVA DE LA FASE DE OPOSICIÓN.** 12.1. Estará determinada por la suma de las calificaciones obtenidas en el conjunto de los ejercicios puntuables de la oposición. VII) **DECIMOTERCERA.- RELACIÓN DE APROBADOS Y PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN.** 13.1. Una vez terminada la calificación de los aspirantes, el tribunal hará pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales de celebración de la última prueba o en el tablón de anuncios de la Corporación. En ningún caso el Tribunal puede aprobar ni declarar que han superado las pruebas selectivas un número de aspirantes superior al de plazas convocadas. Cualquier propuesta o resolución en contrario será nula de pleno derecho. VIII) **DECIMOCUARTA.- 2ª FASE DEL PROCESO DE SELECCIÓN: FORMACIÓN Y PRÁCTICAS.** 14.1 Los aspirantes que superen la fase de oposición seguirán un Curso de Formación de una duración máxima de 6 meses. Que constará de una fase de formación básica y otra fase de prácticas con desempeño del puesto de trabajo. IX) **DECIMOQUINTA.- NOMBRAMIENTO DEFINITIVO.** 15.1 Una vez superada la fase de formación y prácticas el Tribunal propondrá al órgano competente el nombramiento de las aspirantes que hayan superado el proceso selectivo. X) **DECIMOSEXTA.-**

INCIDENCIAS. El Tribunal queda facultado para resolver las dudas que puedan presentarse y adoptar las resoluciones, criterios y medidas en relación con aquellos aspectos no regulados o insuficientemente regulados en la presente convocatoria.

XI) **ANEXO I: RECONOCIMIENTO MÉDICO.** Tendrá carácter eliminatorio y se ajustará a las condiciones establecidas en el cuadro que a continuación se relaciona:
... 2. Espirometría: Resultado en el cuadrante de Miller: Obstructivo, Restrictivo o Combinado.

TERCERO. Sobre los procesos selectivos de personal y los reconocimientos médicos.

Como es sabido y se recuerda en el recurso de apelación, las bases de la oposición, cuando no han sido impugnadas, constituyen la ley del proceso selectivo y vinculan, tanto a la Administración, al Tribunal Calificador y a los aspirantes.

También es sabido que la función fundamental de los Tribunales Calificadores de los procesos selectivos de personal es la valoración de la capacidad y méritos de los candidatos participantes en el proceso selectivo y, también, que de la naturaleza técnica del del juicio que emiten estos Tribunales al valorar el mérito de los candidatos se deriva la más importante característica que se predica de su actuación, que es la discrecionalidad técnica de sus decisiones.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2011 (rec. 6690/2010), dice: "**TERCERO.-** La Resolución de 12 de abril de 2.004, del Ministerio del Interior, se convocaba oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, hizo públicas las Bases de dicho proceso selectivo entre las que se disponía, (Base 7.1.4), que la cuarta prueba, consistente en un reconocimiento médico, "estaría dirigida a comprobar que no concurre en el aspirante ninguna de las causas de exclusión a que se refiere la Orden de 11 de Enero de 1.988". Dicha Orden establece, en su apartado 4.3.3 Aparato Cardiovascular: Hipertensión arterial de cualquier causa... Varices o insuficiencia venosa periférica..... El Tribunal del concurso apreció, en este caso, con el debido asesoramiento de asesores

especialistas médicos, la concurrencia en el demandante de la patología descrita en el citado apartado, siendo esta circunstancia la que determino que fuese declarado "No Apto" en el proceso de selección. (...) **SEXTO.-** En este caso, la causa de exclusión que se le aplicó al recurrente es la genérica "patología en el aparato cardiovascular", pero la opinión del Tribunal Médico no viene acompañada de ulteriores apreciaciones o consideraciones. Se limita a decir lo siguiente: "Causa 4.3.3. Insuficiencia Venosa". La Sala de instancia deja incuestionada la decisión administrativa, al situarla en el núcleo de la discrecionalidad técnica, en la que, dice, los tribunales no pueden sustituir a la Administración. La discrecionalidad debe descansar en el respeto a lo dispuesto por las bases del proceso selectivo, lo que en este caso exigía comprobar si la patología apreciada por el organismo médico oficial afectaba o no al ejercicio de la función policial, pues es esta repercusión, y no simplemente la constatación de la patología, lo que constituye la causa de exclusión. Es, pues, imprescindible, como base del respeto de la discrecionalidad técnica, que el juicio técnico se refiera al contenido completo del supuesto fáctico de la causa de exclusión. No se trata de sustituir la discrecionalidad técnica, ni tampoco de negar validez al Dictamen Médico que aprecia una patología, sino de valorar si el dictamen de ese Tribunal se extiende a todo el supuesto fáctico de la causa de exclusión. Lo que debe decidirse en este caso es si la concreta patología apreciada, impide o menoscaba el ejercicio de las funciones policiales, y es lo cierto que en el caso actual esa repercusión funcional no ha sido objeto, como era obligado, de un pronunciamiento explícito del Tribunal Médico.”.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 9 de julio de 2014 (rec. 2717/2013), dice: “... Una segunda precisión conveniente antes del análisis de los motivos es esta otra: que la exclusión derivada de la hipertensión arterial que establece ese apartado 4.3.3 del Anexo opera sin mas exigencia que la constatación de que ha alcanzado las concretas cifras que indica, es decir, que bastan estas últimas para dicha exclusión sin necesidad de indagar cual es la concreta incidencia que ese nivel de HTA tiene en el interesado en lo referente a sus posibilidades de conducta. Dicho de otro modo: la convocatoria configura esas cifras, una vez constatadas y por sí solas, como invalidantes para el ejercicio profesional de Policía. Así lo dispone ese Anexo y a él ha de estarse, por formar parte de la convocatoria

que, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, es norma vinculante para el proceso selectivo cuando no ha sido impugnada. Y una tercera precisión así mismo procedente es el exigente rigor y cautela que debe ser observado en esa prueba de reconocimiento médico que aparece incluida en la convocatoria del proceso selectivo litigioso, pues así lo reclaman las gravísimas consecuencias que para el aspirante comporta la exclusión que se pueda derivar del resultado obtenido en tal prueba médica. Por un lado, está la imposibilidad de acceder a un Cuerpo del Estado y la especial incidencia que esta circunstancia tiene en el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución ; y, por otro, están los importantes perjuicios personales y económicos que se producen cuando se declaran inútiles los esfuerzos personales, el tiempo invertido y los sacrificios económicos que claramente ha llevado a cabo quien ha superado las anteriores fases o pruebas del proceso selectivo. ... ”

Finalmente, cabe recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2015 (rec. 1454/2014), en la que puede leerse: “CUARTO. La recurrente articula frente a la sentencia antes citada dos motivos de casación. (...). Sobre la necesidad de que en los casos de discromatopsia leve, se motive no solo la existencia de la enfermedad sino que se justifique la relevancia que ello pueda tener en la prestación del servicio, se ha pronunciado ya esta Sala en anteriores ocasiones. Así en la sentencia de 26 de enero de 2015 se dice en su fundamento jurídico cuarto que: " Según se puede apreciar con su sola lectura ambos motivos de casación plantean esencialmente lo mismo aunque el primero se apoye en nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2009 (casación 1309/2008) y el segundo se refiera más a los resultados de la prueba practicada ante la Sala de Madrid y a la interpretación de las bases de la convocatoria. En realidad, toda la controversia se centra en establecer si, previstas como causas de exclusión del proceso selectivo las discromatopsias sin que tal previsión vaya acompañada de ninguna otra que condicione su aplicación a que, por su gravedad o intensidad, impidan el ejercicio de las funciones propias del cuerpo en el que se pretende ingresar, se debe, pese a ello, exigir tal relación a partir del principio de proporcionalidad. En la sentencia invocada en el primer motivo así lo entendimos. (...) No impide esta conclusión el argumento utilizado por los Sres. Vidal y Marco Antonio de que cuando se ha querido tener en cuenta la

intensidad de la afección se ha dicho expresamente, como sucede con la agudeza visual espontánea remota y la auditiva. En efecto, la Orden 1148/1997 solamente considera causa de exclusión las que sean inferiores a 2/3 en ambos ojos, con o sin corrección, según la escala de Wecker, y una pérdida de 1.000 a 3.000 hercios a 35 dB o de 4.000 hercios a 45 dB, respectivamente. (...) Sentado, pues, el criterio de que las causas de exclusión, tal como dijimos en la sentencia de 24 de septiembre de 2009 han de considerarse en función de si, efectivamente, inhabilitan para el ejercicio de los cometidos propios, en este caso, de un Cuerpo de Policía Local, es cierto que la sentencia ahora impugnada ha prescindido de esa comprobación que, sin embargo, es imprescindible....”.

CUARTO. Actuación del Tribunal Calificador y prueba de espirometría.

En el presente supuesto, como se ha dicho, la base 10ª de la convocatoria establece: 10.4.- Cuarto ejercicio: Reconocimiento médico: Tendrá por objeto la constatación de las condiciones médicas y físicas de los aspirantes para el ejercicio de su cargo, de conformidad con el cuadro de exclusiones que figura como Anexo I. Y el Anexo I establece: **RECONOCIMIENTO MÉDICO**. Tendrá carácter eliminatorio y se ajustará a las condiciones establecidas en el cuadro que a continuación se relaciona: ... 2. Espirometría: Resultado en el cuadrante de Miller: Obstructivo, Restrictivo o Combinado.

Del expediente administrativo remitido, resulta: I) el día 10 de abril de 2019, el Tribunal Calificador anunció: 1) la puntuación resultante de los aspirantes que superaron el tercer ejercicio de la oposición denominado pruebas psicotécnicas, realizado el 4 de abril de 2019, siendo ocho los aspirantes que figuran en la relación, encontrándose entre ellos D. Miguel Hernando Martín (4'5), D. (4'5) y D. Pablo Otero Muro (3) y D. Abel Pérez Gutiérrez (2'50). Los citados ocupan los puestos 1º, 3º y 4º. 2) Convocar a los anteriores opositores para la realización del cuarto ejercicio, reconocimiento médico, para el día 12 de abril de 2019. II) En el acta correspondiente a la celebración del cuarto ejercicio (undécima sesión) consta: -se celebró a las 8'30 horas del día 12 de abril de 2019, con la asistencia del asesor del Tribunal, el Dr. D. Fernando Herrero Román, Médico especialista en la Medicina de la Educación Física y el Deporte. -En el acta puede leerse: Comienza la prueba

siguiendo el orden del apellido de la letra Ñ y así sucesivamente. Comparecen los 8 opositores que continúan en el proceso, siendo el primero de los examinados Pablo Otero Muro y el último Rubén Díaz de Mariscal Sarralde. Una vez finalizadas las pruebas, de los 8 candidatos, 3 de ellos, obtienen un resultado obstructivo en el Cuadrante de Miller, que es la única prueba a realizar y valorar según establece el apartado 2 del anexo I, denominado Espirometría y el Tribunal decide que se repita nuevamente dicha prueba a esos tres candidatos, quienes son llamados por el mismo orden anterior. Una vez realizada la prueba, siguen arrojando el mismo resultado obstructivo en el cuadrante de Miller. Tras la emisión por parte del Dr. D. Fernando Herrero Román de su INFORME de RESULTADOS DEL RECONOCIMIENTO MÉDICO, que se adjunta a este Acta como Anexo nº X, el Tribunal declara como no aptos a los tres candidatos que habían obtenido un resultado obstructivo en el Cuadrante de Miller y el resultado del 4º Ejercicio denominado “Reconocimiento Médico”, es el que a continuación se expresa III) El día 12 de abril de 2019, el Tribunal Calificador anunció el resultado del cuarto ejercicio de la oposición, denominado reconocimiento médico, por orden alfabético. Resultaron aptos cinco opositores entre los que no se encuentran los antes citados. El motivo por el que el resultado de los demandantes fue no apto es el siguiente, en el caso de los tres: Espirometría: Resultado del Cuadrante de Miller Obstructivo. IV) El día 15 de abril de 2019, el Tribunal Calificador anunció, de conformidad con lo dispuesto en la base 12ª de las específicas del proceso selectivo, la calificación definitiva de la fase de oposición, figurando en la relación D. Jorge Salinas Fernández (36'333), D. Lorenzo Velasco López (34'491), D. Rubén Mariscal Díaz de Sarralde (32'070), D. Germán Páramo Maestro (31'162) y D. Andrés Guerrero Marcos (25'033). Hizo pública también la relación de aspirantes aprobados y propuestos para su nombramiento en prácticas (los antes citados). V) La Secretaria del Tribunal Calificador, con fecha 2 de mayo de 2019, certificó que los aspirantes (los demandantes) fueron declarados no aptos, por concurrir en el motivo de exclusión indicado en el Anexo I, de las Bases al haber obtenido en la prueba de la Espirometría un resultado en el Cuadrante de Miller: Obstructivo, lo que conllevó su eliminación del proceso selectivo, tal y como disponían las bases. Se adjuntaron a los certificados los resultados obtenidos por los mismos en el Cuadrante de Miller,

indicando que es la única prueba indicada por las bases que debe realizarse en la Espirometría (Anexo I-2). VI) Acta sobre los recursos de alzada presentados. Recurso presentado por los demandantes: Los tres opositores recurren contra los resultados del 4º ejercicio denominado “reconocimiento médico” y, en concreto contra el resultado obtenido en la prueba de espirometría, publicados el 12 de abril de 2019 y también contra la calificación definitiva de la fase de oposición publicada el 15 de abril de 2019. En primer lugar, el Tribunal, revisa el contenido de las bases de la oposición y concretamente lo dispuesto en las siguientes: 17ª vinculación de las bases, 10ª programa y ejercicios de la fase de oposición, 11ª calificación de la fase de oposición y anexo I reconocimiento médico ... espirometría. ... Entiende el Tribunal que, según determinan las bases, dentro de la espirometría consta que la única prueba a realizar es la relativa al denominado “Cuadrante de Miller”, disponiendo que tendrá carácter eliminatorio un resultado en el cuadrante obstructivo, restrictivo o combinado. ... Que las pruebas médicas se llevaron a cabo sin que ninguno de los aspirantes manifestase ni al Tribunal, ni a los profesionales médicos, ningún tipo de objeción o disconformidad con respecto a la realización de las mismas y se llevaron a cabo en las dependencias del Gabinete de Medicina Deportiva del Polideportivo Municipal de Anduva, de Miranda de Ebro, por el Dr. D. Fernando Herrero Román, Médico especialista en la Medicina de la Educación Física y el Deporte ... empleado de este Ayuntamiento. ... El Tribunal se ratifica en que las pruebas se realizaron de conformidad con lo que disponían las Bases Específicas de la presente convocatoria, concretamente la Base 10.4 y 11.4 en relación con el Anexo I que es el que determinaba cuáles eran las únicas pruebas médicas que iban a ser objeto de examen y valoración y, en lo que respecta a la prueba objeto de estos recursos, la espirometría, se ratifica en que únicamente se puntuaba como valorable en esta oposición el resultado que se obtuviera en el Cuadrante de Miller y que una vez efectuadas todas las pruebas a todos los aspirantes, tres de ellos, que son los ahora recurrentes, obtuvieron en la prueba de la espirometría un resultado obstructivo en el Cuadrante Miller, decidiendo el Tribunal que se les volviera a repetir la prueba a esos tres aspirantes, siguiendo el orden anteriormente descrito, tras la cual, los resultados de obstructivo en el Cuadrante de Miller fueron iguales para los tres, lo que de conformidad con lo dispuesto en la bases les eliminaba en este 4º

ejercicio, por ser este resultado uno de los que se encontraban como una de las causas de exclusión incluidas en el Anexo I de la convocatoria. Dadas las alegaciones que en los recursos se contienen referentes a la validez de la prueba de espirometría al objetar posibles defectos en el aparato espirómetro, el Tribunal se reafirma en que el mismo aparato espirómetro fue utilizado para todos los opositores, en idénticas condiciones de igualdad y sólo en tres de ellos y, además de forma no consecutiva, dio ese resultado obstructivo, por lo que no hay razones para sospechar de ninguna anomalía en el mismo, pues no cabe pensar que sólo haya funcionado mal para estos tres únicos opositores. No obstante, el Tribunal solicita del gabinete de medicina deportiva la entrega de los documentos que acreditan que el espirómetro había sido calibrado, tal y como se le mostraron al Tribunal el mismo día de la prueba, para unirlos a este acta. Y así se adjunta como ANEXO n.º XV el Certificado de Calibración/Verificación emitido por la empresa SIBELMED de fecha 30/10/2018, que es una calibración que realiza la empresa con carácter anual y en este caso consta que sólo habían transcurrido 5 meses y medio desde la última calibración, ya que las pruebas médicas se realizaron el 12/04/19. Y como ANEXO n.º XVI, el Resguardo que emite el propio aparato espirómetro, en el que consta que, el mismo día de la prueba, el 12/04/19, minutos antes de comenzarla el aparato había sido calibrado por el doctor Herrero, siendo ésta una calibración que se hace mensualmente y en este caso, consta que las anteriores calibraciones habían sido el 13/02/19, el 18/03/19 y la última la del día del ejercicio el 12/04/19 a las 8.55 horas. El Tribunal considera que todos los informes médicos que se aportan por los recurrentes han sido realizados en momentos y circunstancias diferentes a las del día de la celebración del 4º ejercicio del proceso selectivo, sin concurrir en ellos las mismas e idénticas condiciones que el resto de los aspirantes, omitiéndose con ello una de las bases fundamentales del proceso selectivo, en el que todos deben competir en condiciones de igualdad. De tal manera que dar validez a las mismas y aceptar los resultados de esas pruebas médicas realizadas en contextos distintos y fuera del proceso selectivo, en días diferentes y circunstancias diferentes, vulneraría absolutamente el derecho del resto de los opositores que sí que obtuvieron en el día y hora de la celebración del citado ejercicio 4º, unos resultados de aptos, haciéndolo en aquel momento todos ellos con el mismo aparato espirómetro y por el mismo

personal médico. El Tribunal considera, para mayor abundamiento que, la comparación con los otros ejercicios de la oposición reafirma aún más la evidencia de entender que sería inaceptable admitir como válidos después de la oposición los resultados que cualquier candidato obtuviera fuera del proceso selectivo, ya que es obvio suponer que los opositores cuando concurren por ejemplo a las pruebas físicas previamente e incluso posteriormente a ellas, han batido en sus entrenamientos personales, como preparación, todas las marcas que exige la oposición y sin embargo alguno de ellos el día del examen no las superó, por nervios, por mala suerte, por debilidad momentánea, etc, pero eso forma parte de la competitividad del proceso selectivo y no podría admitirse la mejor práctica de esas pruebas fuera del día de su celebración en el proceso selectivo. Por lo que, el Tribunal considera que las alegaciones y pruebas aportadas por los recurrentes carecen de eficacia para desvirtuar las resoluciones recurridas y el criterio objetivo e imparcial que adoptó en su momento el Tribunal de calificarlos como no aptos de conformidad con las prescripciones impuestas por las bases de este proceso selectivo y más concretamente por la Base 10.4 en relación con el Anexo I y la Base 11.4.

En el informe de resultados de reconocimiento médico (anexo nº X), fechado el día 12 de abril de 2019, puede leerse: Tras la realización del reconocimiento médico a los aspirantes los resultados son los siguientes: sigue una relación de los ocho aspirantes, cinco con el resultado de aptos y tres (los demandantes apelados) con el resultado de no aptos, siendo el motivo en el caso de los tres: Espirometría: Resultado del Cuadrante de Miller Obstructivo.

De los resultados del Cuadrante de Miller correspondientes a los demandantes, ahora apelados, resulta: -la espirometría fue realizada con un aparato Sibelman DATOSPIR 120. -En los resultados constan dos horas de realización. -En los cuadrantes aparece marcado el recuadro obstructivo (Obstr.). -En los cuadrantes consta el parámetro FEV .5 y el FVC.

Del manual de uso del espirómetro DATOSPIR 110/120 utilizado resulta: 1.8.4 Tipo de diagnóstico: -al final del apartado: NOTA: EL DIAGNÓSTICO, ASI COMO

LOS RESULTADOS DE LA PRUEBA SIEMPRE DEBERAN SER VALIDADOS POR EL ESPECIALISTA.

El asesor del Tribunal Calificador es Médico especialista en la Medicina de Educación Física y el Deporte. No consta que sea neumólogo.

En las actuaciones del Tribunal Calificador y del Asesor del Tribunal no se aprecia una explicación de la razón de la técnica elegida para la práctica de la prueba de espirometría y del criterio seguido para valorar el resultado obtenido.

Es cierto que las bases de la convocatoria, en el Anexo I, establecen la prueba de espirometría y el resultado que tiene carácter eliminatorio. Pero también lo es que no establecen nada acerca de las condiciones en que debe hacerse la prueba.

En el recurso de apelación, la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega que del propio manual de uso del espirómetro se ve con claridad que ya viene configurado para la obtención del Cuadrante de Miller con el parámetro FEV o.5, por lo que, como las bases sólo evaluaban el resultado obtenido en el Cuadrante de Miller, los datos que arrojó el espirómetro en el Cuadrante de Miller son los que el Tribunal calificó y no otros, que no formaban parte de la única prueba que las bases de la convocatoria incluían en el cuadro de exclusiones.

Pues bien; este argumento no puede suplir la falta de motivación que se aprecia: 1) no se discute que los peritos, de manera unánime, consideran que el valor a utilizar es 1 cuando se trata de adultos, como es el caso del proceso selectivo; sin embargo, no se aprecia, ni en las actas del Tribunal Calificador, ni en el informe del asesor, ni en el informe a los recursos de alzada, que se exterioricen las razones por las que se opta por utilizar el valor o.5. 2) No se aprecia tampoco una explicación de la incidencia que tiene el resultado de la prueba de reconocimiento médico en el ejercicio de las funciones de bombero. 3) No consta una validación de los resultados de las pruebas, como se indica en el manual de uso del aparato utilizado.

A lo anterior, ha de añadirse que el hecho de que las bases de la convocatoria no contengan las condiciones en las que debe realizarse la espirometría, pero esta

falta de concreción no justifica que en la realización de la espirometría no se tengan en cuenta las circunstancias de los reconocidos y, entre ellas, la condición de adulto y la incidencia que ésta puede tener en la realización de la prueba. Lo lógico es realizar una prueba de reconocimiento médico teniendo en cuenta la práctica médica habitual y adecuada a la condición del reconocido.

QUINTO. Sobre la retroacción acordada por la sentencia apelada.

La sentencia apelada, como se ha dicho, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo acumulado y, entre otros pronunciamientos, reconoce a los demandantes el derecho a que se les vuelva a hacer la espirometría en los términos concretados en el apartado 2º del fundamento de derecho quinto de la sentencia.

El juez a quo señala: 1) que el reconocimiento del derecho en estos términos (la nueva realización del reconocimiento médico en los términos acordados) no supone una infracción del artículo 33.1 de la LJCA. 2) Respecto de los que ya han sido declarados aptos por el Tribunal Calificador, nada se ha pretendido en el sentido de la repetición de la prueba y ello no contraviene los principios de igualdad, mérito y capacidad. 3) La superación de la prueba de reconocimiento médico corresponde al Tribunal Calificador y ha de adoptarse por éste al formar parte de la llamada discrecionalidad técnica y los demandantes no han acreditado, ante el Tribunal Calificador, la suficiencia.

A lo anterior, ha de añadirse que no consta que los aspirantes declarados aptos por el Tribunal Calificador hayan actuado de mala fe.

El Tribunal Supremo, en la sentencia nº375/2019, de 20 de marzo de 2019 (Rec. 2116/2016) ha señalado: DUODÉCIMO.- Desde esta perspectiva la aplicación de los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima más el de proporcionalidad, llevan a la estimación de los recursos de casación. Esto es así por las siguientes razones: 1º Al margen de las peculiaridades de cada caso, esta Sala ha fijado como criterio que es contrario a tales principios, en especial cuando se trata de procedimientos selectivos en los que ha transcurrido un tiempo excesivo -en este caso, diez años desde la convocatoria y nueve desde la realización del ejercicio-

, que las consecuencias de la declaración de nulidad recaigan sobre los aspirantes que, ajenos a la irregularidad cometida, concurrieron de buena fe y que con arreglo a criterios de mérito y capacidad contrastados, superaron un ejercicio o el proceso selectivo. Baste al respecto estar a la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 18 de marzo de 2019, recurso de casación 499/2016. 2º Así en este caso sería desproporcionado que sobre los recurrentes recayesen los efectos de la ilegalidad advertida en el segundo caso del segundo ejercicio, máxime cuando sin violentar las bases de la convocatoria puede repetirse el examen con los aspirantes directamente afectados por el motivo de nulidad, esto es, las dos aspirantes beneficiadas por la irregularidad apreciada, más el demandante que así lo denunció y los tres aspirantes que no superaron ese ejercicio y no han demandado ni recurrido.

Más recientemente, el mismo Tribunal, en la sentencia nº 1272/2020, de 8 de octubre de 2020 (rec. 2135/2018), dice: “En cambio, a diferencia de lo fallado por la sentencia de instancia y atendiendo a las pretensiones de los recurrentes en casación, consideramos procedente seguir la pauta ya observada por la Sala en casos precedentes sobre la situación de aspirantes que superaron procesos selectivos y fueron nombrados funcionarios en los que, años después --en concreto, cinco-- y en virtud de recursos interpuestos por aspirantes que no los superaron, se aprecian vicios determinantes de su invalidez [sentencias n.º 375/2019, de 20 de marzo (casación n.º 2116/2016), n.º 361/2019, de 18 de marzo (casación n.º 499/2016), n.º 1695/2018, de 29 de noviembre (casación n.º 385/2016) y las que citan]. En tales ocasiones, hemos preservado su situación atendiendo a criterios de equidad y de buena fe, habida cuenta de que fueron absolutamente ajenos a las irregularidades advertidas en el desarrollo del proceso selectivo. Por tanto, la nulidad que vamos a declarar no se extiende a los nombramientos de los aspirantes que superaron el proceso selectivo.”.

En la sentencia de fecha 9 de julio de 2014 (rec. 2717/2013), antes citada, resuelve el Tribunal Supremo: “CUARTO.- Lo anterior determina la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida, y el directo enjuiciamiento por este Tribunal Supremo de la controversia suscitada en el proceso de instancia [artículo 95.2.d) de la LJCA]. Y en ese enjuiciamiento debe

declarase lo siguiente: 1.- Los informes médicos que la Administración tuvo en cuenta para la exclusión del recurrente no permiten formar con las debidas garantías la convicción sobre si le afecta o no la exclusión de hipertensión arterial prevista en el punto 4.3.3 del Cuadro de exclusiones del Anexo III de la Convocatoria; y así debe ser considerado porque, habida cuenta de las graves consecuencias que conlleva la exclusión y de las serias dudas que genera el hecho de que aquellos informes hayan sido discutidos o contradichos por los informes aportados por el recurrente, la Administración hubo de practicar nuevas pruebas y reconocimientos del recurrente y explicar pormenorizadamente y documentar el resultado de las mismas. 2.- Tampoco los informes médicos aportados por el recurrente ofrecen elementos bastantes para darles un crédito definitivo, pues falta en ellos una explicación de los criterios que en materia de medición de tensión arterial deben seguirse para apreciar en una determinada persona la concurrencia en términos de permanencia de la HTA que aparece como causa de exclusión en el Cuadro de la convocatoria. 3.- Las consecuencias que derivan de lo anterior es que procede la parcial estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, y la anulación de los actos administrativos impugnados en el proceso de instancia en cuanto a la declaración de no apto del recurrente en la prueba de reconocimiento médico que realizaron; y con retroacción de las actuaciones para lo siguiente: (a) que se practiquen al recurrente, en esa prueba de reconocimiento médico, al menos dos mediciones de su tensión arterial mediante el procedimiento o técnica que la práctica médica más usual tenga reconocido como más idóneo para hacer un dictamen sobre la concurrencia en una determinada persona, en términos de permanencia, de la HTA que aparece como causa de exclusión en el Cuadro de la convocatoria litigiosa; y (b) para que el dictamen médico que se pronuncie definitivamente sobre la existencia o no de esa causa de exclusión, explique la razón de la técnica elegida y el criterio seguido para valorar el resultado que haya sido obtenido.”.

Ha reiterado el Tribunal Supremo que una cosa es la prohibición de los Tribunales Calificadores de proponer más aprobados del número de plazas convocadas, y otra muy distinta los efectos jurídicos de una sentencia como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-administrativo. Así, en

sentencia de 4 de abril de 2014 (rec. 815/2013): “QUINTO.- Igualmente ha de rechazarse el último motivo de casación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por supuesta vulneración del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, 149.1.18 de la Constitución Española y 70 de la Ley Orgánica 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, en tanto se sostiene que la sentencia invade las competencias para regular la oferta de empleo público, al aumentar el número de plazas aprobadas en relación con las convocadas. En primer lugar como ya hemos dicho en otras ocasiones, una cosa es la prohibición de los Tribunales Calificadores de proponer más aprobados del número de plazas convocadas, y otra muy distinta los efectos jurídicos de una sentencia como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-administrativo. Es evidente que cuando se impone a la Administración una obligación de dar o hacer alguna cosa, la Administración ha de reaccionar modificando en su caso los presupuestos, o tomando las medidas necesarias para la ejecución de la misma, sin que por ello se entienda que los Tribunales ejercitan potestades administrativas. Aparte de que de la sentencia no se deriva dicho aumento de plazas, puesto que se limita a reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente.”.

En sentencia de 29 de septiembre de 2014 (Rec. 2428/2013), el Tribunal Supremo ha señalado: “Es verdad que la razón de decidir del auto de 12 de abril de 2013 reside esencialmente en los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica aplicados en las circunstancias concurrentes en este caso. Es decir las que llevaron a que aspirantes a los que se les reconoció haber superado el proceso selectivo y se les nombró personal estatutario fijo, años después, a causa del proceder contrario a las bases del tribunal calificador apreciado judicialmente, se vieran en la tesitura de verse privados de esa condición sin que mediara responsabilidad alguna por su parte. No obstante, también lo es que la Sala de Valladolid, aunque fuera reproduciendo los razonamientos de un auto anterior, dictado en un proceso diferente, hizo valer consideraciones adicionales sobre el número de plazas ofertadas en la convocatoria, las disponibilidades presupuestarias y la existencia de vacantes. Consideraciones éstas que se encaminan a explicar que, desde el punto de vista ofrecido por cada uno de esos extremos, no hay

obstáculo que impida la satisfacción de las exigencias derivadas de dichos principios: esto es el respeto al "derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables" [sentencias de 21 de diciembre de 2011 (casación 4572/2009) y 18 de enero de 2012 (casación 1073/2009)]. Así, la fundamentación recogida por la Sala de Valladolid suma al aspecto positivo derivado del despliegue de la potencialidad de los principios, el negativo de la inexistencia de impedimentos a dicha proyección. Ahora bien, ni uno ni otro plano de la argumentación se apartan de lo fallado por la sentencia en cuya ejecución nos encontramos. Ni se desconoce la potestad presupuestaria que, en puridad, tampoco corresponde a la Administración --aunque sí tenga reservada la elaboración del presupuesto-- sino a las Cortes de Castilla y León (artículos 24.3 y 89.2 del Estatuto de Autonomía). El auto de 12 de abril de 2013 se limita a precisar el alcance del fallo, de la anulación que en él se dispuso y, ciertamente, se mueve, conforme al artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción, en el ámbito que el artículo 117 de la Constitución atribuye a la potestad jurisdiccional que ejercen los Juzgados y Tribunales. Estos preceptos no han sido infringidos sino observados. Y, desde luego, no ha ofrecido argumentos la Comunidad recurrente sobre por qué, a su entender, no cabe dentro del fallo de la sentencia la consecuencia extraída en el incidente de ejecución. De seguir el argumento de la recurrente no podrían los tribunales de justicia condenar a la Administración a actuaciones que impliquen gasto público y no es eso lo que resulta del artículo 106.1 de la Ley de la Jurisdicción ni del conjunto de sus preceptos. Por lo que se refiere al segundo motivo, es claro que no estamos ante la creación de plaza alguna ni, por tanto, ante las infracciones denunciadas por la Comunidad de Castilla y León sino ante la ejecución de una sentencia que, como dijo la Sala de Valladolid en su auto de 14 de junio de 2013 , siguiendo una jurisprudencia que "pivota sobre la seguridad jurídica y confianza legítima, da una solución a quienes fueron nombrados inicialmente estatutarios-celadores y años después quedan privados de esa condición debido a una tesis de la Administración autonómica demandada sobre el alcance del cumplimiento de aquella sentencia que esta Sala no comparte. Esto nada tiene que ver con la oferta de empleo público". La recurrente no nos ha ofrecido razones que desvirtúen este razonamiento.

En el presente supuesto, como señala el juzgador a quo, la decisión de retrotraer actuaciones para que respecto de los demandantes se realice nuevamente la prueba de reconocimiento médico no infringe el artículo 33.1 de la LJCA, pues es obvio que esta decisión satisface sus intereses, aunque no en la amplitud solicitada en la demanda, y se encuentra incluida en la amplitud de la pretensión, debiendo recordarse, como hace el juzgador, que quien pide lo más puede obtener menos de lo pretendido.

También, como señala el juez a quo, debe tenerse en cuenta que la decisión de superar o no la prueba corresponde al Tribunal Calificador, que debe adoptar la decisión teniendo en cuenta el resultado de la prueba que debe realizar y que, por el momento, no han acreditado los demandantes haber superado, ya que el resultado de la espirometría se ha considerado insuficiente y carente de motivación.

Al respecto, debe señalarse que la sentencia, en el apartado relativo a la prueba practicada (fundamento de derecho tercero 3º), recoge como resultado de la prueba practicada, concretamente informes periciales, que la documentación que ha estado a disposición del Tribunal Calificador procedente del resultado obtenido en la espirometría realizada, concretamente el cuadro del Cuadrante de Miller, es insuficiente para valorar el resultado obtenido.

SEXTO. Recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro I.

La representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega, en primer lugar, que la sentencia apelada no ha consignado la inadmisión de la prueba pericial solicitada por la representación del Ayuntamiento apelante, ni de la testifical solicitada por las codemandadas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de defensa y a utilizar todos los medios de prueba.

Pues bien; en relación con este primer motivo de disconformidad con la sentencia apelada, cabe señalar que efectivamente la resolución apelada no recoge la decisión del juzgador a quo de inadmitir la prueba propuesta, limitándose a indicar que durante la celebración de la vista se han practicado las pruebas propuestas por cada parte y admitidas por el juzgador.

El artículo 248 de la LOPJ establece: 3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten. Es decir, no establece el precepto que deban reflejarse en las sentencias los medios de prueba declarados impertinentes.

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de defensa y a utilizar todos los medios de prueba, por la decisión del juzgador de declarar la impertinencia de la prueba pericial y testifical, concretadas en la declaración del Dr. Herrero Román, asesor del Tribunal Calificador, cabe señalar, en primer lugar y en lo que respecta a la proposición de la prueba como testifical, efectuada por las codemandadas, que deberían ser éstas las que invocaran la indefensión, lo que no han hecho.

En cuanto a la declaración de impertinencia de la prueba pericial, consistente en la declaración del citado Dr. Herrero Román, la Sala se remite a lo resuelto mediante auto de fecha 22 de diciembre de 2021, sin perjuicio de añadir que los denominados, por la representación del Ayuntamiento apelante, informes médicos que se incorporaron al acta del Tribunal Calificador es obvio que no constituyen informes periciales.

Por otra parte, el perito se caracteriza fundamentalmente por ser un tercero, es decir, una persona ajena al proceso, lo que no puede decirse en el caso del Dr. Herrero Román

Finalmente, cabe recordar que el derecho a la prueba es de configuración legal, de suerte que corresponde al legislador establecer las normas legales a las que se debe acomodar el ejercicio de este derecho con relación al tiempo y forma de la solicitud, y no tiene carácter absoluto, por lo que el justiciable no ostenta un derecho incondicionado a la práctica de cualquier prueba, sino solo de las que puedan calificarse como pertinentes y útiles.

En segundo lugar, la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega que la sentencia realiza una apreciación errónea de la prueba vulnerando el

derecho a la tutela judicial efectiva, así como una infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Alega la representación del Ayuntamiento apelante que la sentencia valora erróneamente la prueba, fundamentalmente la documental, en primer lugar, porque no redacta adecuadamente el llamado por ella sistema selectivo, que describe como oposición con fase de formación y periodo de prácticas, cuando la redacción de la base novena es: **NOVENA: PROCESO DE SELECCIÓN**. El proceso selectivo constará de dos fases: 1ª) Fase de oposición y 2º Fase de Formación y periodo de prácticas.

Pues bien; que no sea del agrado de la apelante la descripción que del proceso de selección ha efectuado el juzgador de instancia no constituye una errónea valoración de la prueba. El juez a quo ha apreciado correctamente las fases del proceso selectivo, como evidencia, a modo de ejemplo, el fundamento jurídico séptimo de la sentencia apelada.

En segundo lugar, la representación del Ayuntamiento apelante considera un error de la sentencia que no reproduzca la base decimocuarta, relativa a la segunda fase del proceso de selección: formación y prácticas. Señala que si sólo se considera la calificación de la fase de oposición, que es a la única a la que se refiere la sentencia, parece darse por hecho que esa es la calificación final y no es así, pues pueden ser eliminados en la segunda fase de formación y prácticas.

En relación con esta alegación, cabe señalar que el juez a quo en el mismo fundamento jurídico séptimo de la sentencia indica, precisamente, lo que señala la representación del Ayuntamiento apelante, aunque lo hace de forma no coincidente con ésta.

En tercer lugar, la representación del Ayuntamiento apelante alega que la sentencia hace una interpretación inadecuada de la imposibilidad del Tribunal Calificador de aprobar o declarar que han superado las pruebas selectivas un número de aspirantes superior al de plazas convocadas, al incluir entre paréntesis “hay que entender que son las de la oposición”, pues considera que, aunque posiblemente no es acertado que la limitación esté incluida en la base tercera, antes

de la decimocuarta -que se refiere a la fase de formación y prácticas-, debe entenderse aplicable a las dos fases.

Aunque la alegación es irrelevante para el éxito del recurso, visto lo señalado en el fundamento de derecho anterior, cabe decir que es cierto que la sentencia apelada dice: La calificación definitiva de la fase de oposición estará determinada por la suma de las calificaciones obtenidas en el conjunto de los ejercicios puntuables de la fase de oposición. El tribunal, en ningún caso, puede aprobar ni declarar que han superado las pruebas selectivas (hay que entender que son las de la oposición) un número de aspirantes superior al de plazas convocadas de manera que cualquier propuesta o resolución en contrario será nula de pleno derecho. Asimismo, que es cierto que la base decimotercera establece: RELACIÓN DE APROBADOS Y PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN 13.1. Una vez terminada la calificación de los aspirantes, el tribunal hará pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales de celebración de la última prueba o en el tablón de anuncios de la Corporación. En ningún caso el Tribunal puede aprobar ni declarar que han superado las pruebas selectivas un número de aspirantes superior al de plazas convocadas. Cualquier propuesta o resolución en contrario será nula de pleno derecho.

Pues bien; la interpretación que hace el juzgador a quo de la limitación del número de aprobados no es errónea o inadecuada. La base decimotercera se refiere a la última prueba de la primera fase del proceso selectivo, que es la de oposición.

En cuarto lugar, la representación en juicio del Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega que la sentencia es también errónea en cuanto no incluye en la redacción de las bases de la convocatoria dos de ellas, que son la decimosexta (incidencias: El Tribunal queda facultado para resolver las dudas que puedan presentarse y adoptar las resoluciones, criterios y medidas en relación con aquellos aspectos no regulados o insuficientemente regulados en la presente convocatoria) y la decimoséptima (vinculación de las bases: 17.1. Las bases de la convocatoria vincularán al Ayuntamiento, a los Tribunales Calificadores y a quienes participen en las mismas. 17.2. Las convocatorias o sus bases, una vez publicadas, solamente podrán ser

modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Pues bien; en relación con esta alegación, cabe señalar que la sentencia no ha desconocido estas bases. Cuestión distinta es la aplicación que de las bases ha hecho el Tribunal Calificador, que es lo que ha examinado la sentencia apelada.

En todo caso, acerca de la aplicación de estas bases por el Tribunal Calificador, así como de otras, la Sala se remite a lo señalado en el fundamento jurídico cuarto.

Alega también la representación en juicio del Ayuntamiento de Miranda de Ebro que el aparato espirómetro utilizado consta que estaba debidamente calibrado, que, según el manual de uso, tiene la posibilidad de facilitar dos tipos de diagnóstico y por lo que respecta al Cuadrante de Miller, uno de ellos, presenta la información normal, restrictivo, obstructivo o combinado, de acuerdo a los criterios del cuadrante diagnóstico, resultando del propio manual de uso que ya viene configurado para la obtención del Cuadrante de Miller con el parámetro FEV 0.5, por lo que los datos que arrojó el Cuadrante de Miller son los que el Tribunal Calificador aplicó y no otros.

Esta alegación ha sido examinada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, por lo que la Sala hace remisión a lo indicado en el mismo.

Alega la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro que la sentencia incurre en errores, en lo que respecta a la actuación del Tribunal Calificador. En primer lugar, señala esta representación que es tendenciosa la sentencia cuando dice: Hasta la convocatoria y práctica del reconocimiento médico, el tribunal calificador había acordado que tenían que realizar esa prueba 8 aspirantes, a los que se convoca para el día 12 de abril de 2019 a las 9,00 horas.

Considera la apelante citada que, dicho así, parece que el Tribunal es el que ha decidido que, de todos los candidatos concurrentes, sólo sean ocho los que van a realizar lo que la sentencia, inadecuadamente, llama reconocimiento médico.

Pues bien, en relación con esta alegación, cabe señalar, en primer lugar, que la base décima, como se ha dicho, establece: Cuarto ejercicio: Reconocimiento médico: Las mismas bases denominan al ejercicio reconocimiento médico.

En segundo lugar, ha de señalarse que lo indicado en la sentencia es lo que ha sucedido en el proceso selectivo. Las distintas decisiones del Tribunal Calificador han supuesto que a la práctica del reconocimiento médico, palabras empleadas por las bases, fueran convocados ocho aspirantes.

La apreciación que pueda hacer la recurrente acerca de la redacción de la sentencia no supone que ésta no haya reflejado lo que se ha indicado.

También alega la representación en juicio del Ayuntamiento apelante que la sentencia hace una descripción de hechos que dice la sentencia que no han pasado desapercibidos al juzgador, que insinúan dudas o sospechas sobre la actuación del Tribunal Calificador y que constituyen una interpretación vacía de prueba.

Señala la apelante citada, en primer lugar, que la sentencia dice: -Que se han declarado no aptos en el reconocimiento médico a tres aspirantes considerando aptos en esa prueba al mismo número de aspirantes que plazas a cubrir. -Que los tres aspirantes declarados no aptos lo han sido por la misma causa o motivo.

Pues bien; la sentencia refleja unos hechos que evidencia el examen del expediente administrativo. Las insinuaciones acerca de la actuación del Tribunal las hace la apelante.

También la representación en juicio del Ayuntamiento de Miranda de Ebro se opone al siguiente apartado de la sentencia: -Que el tribunal calificador, atendiendo a lo alegado en los recursos de alzada y a los documentos médicos aportados, no haya solicitado, a efectos de formar su criterio para informar sobre los mismos, la opinión del asesor médico que ha realizado la prueba y ha firmado su resultado. No parece razonable que se haya prescindido de este asesoramiento dado que en los recursos de alzada se está cuestionado la validez de la prueba realizada.

La citada parte apelante indica que es otra interpretación errónea del juzgador, que no tiene ningún soporte probatorio y desconoce de dónde concluye que el Tribunal no se informó ni asesoró del médico asesor que había realizado la prueba, aludiendo al secreto de las deliberaciones y al detalle de las actas.

Pues bien; en relación con esta alegación, basta una lectura del informe del Tribunal Calificador a los recursos de alzada interpuestos por los Sres. Hernando

Martín, Pérez Gutiérrez y Otero Muro para apreciar que lo indicado por el juzgador de instancia es como resulta del informe.

Por otra parte, no se alcanza a comprender que si, a la vista del contenido de los recursos de alzada citados, fue solicitado informe o asesoramiento al asesor designado por el Tribunal Calificador, esto no se haga constar en el informe, pues el aspecto más relevante de los recursos de alzada.

Finalmente, la representación del Ayuntamiento apelante muestra su disconformidad con el siguiente contenido de la sentencia: Que no se haya hecho ninguna referencia a la relación entre el resultado obtenido en el reconocimiento médico y la incidencia que ello pueda tener para el ejercicio de las funciones de bombero teniendo en cuenta que la base 10,4 de las que rigen la convocatoria señala, de manera expresa, que el reconocimiento médico tendrá por objeto la constatación de las condiciones médicas y físicas de los aspirantes para el ejercicio de su cargo, de conformidad con el cuadro de exclusiones que figura como anexo I. Hay que señalar que el anexo I dicho no recoge ningún cuadro de exclusiones sino las condiciones a las que se ajustará el reconocimiento médico, que tendrá carácter eliminatorio, sin especificar qué resultando o resultados de los previstos es/son el eliminatorio.

En relación con esta alegación, la Sala hace remisión a lo señalado en los fundamentos de derecho tercero y cuarto, recordando, en primer lugar, el rigor y cautela que debe ser observado en las pruebas de reconocimiento médico que aparecen incluidas en las convocatorias de los procesos selectivos, pues así lo reclaman las gravísimas consecuencias que para el aspirante comporta la exclusión que se pueda derivar del resultado obtenido en tal prueba médica y, en segundo lugar, la necesidad de que se motive no solo la existencia de la causa de exclusión establecida, sino que se justifique la relevancia que ello pueda tener en la prestación del servicio.

Nada de lo indicado consta que haya observado el Tribunal Calificador.

Para concluir, la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, insiste en que ha faltado oír las explicaciones que pudiera haber ofrecido el médico asesor,

sobre lo que ya se ha hablado, y cuestiona la prueba pericial, indicando que no se ha probado la existencia de una norma oficial emitida por el Ministerio de Sanidad u otro organismo oficial que indique que sólo el parámetro FEV 1 es el aplicable para adultos, o que prohíba la utilización del parámetro FEV 0.5 cuando se trata de adultos. También alega que uno de los peritos emite su juicio habiendo reconocido que nunca ha realizado un Cuadrante de Miller en su vida, que ninguno de los recurrentes ha aportado una prueba de Cuadrante de Miller con resultado de normal, que acredite el error del realizado por el Tribunal Calificador y lo curioso que resulta el lugar donde alguno de los peritos ha realizado la prueba o que los demandantes acudan a los mismos peritos.

Respecto de esta alegación, así como de la apreciación que hace la apelante acerca de la diferencia entre un proceso selectivo y una consulta médica, cabe señalar que la base décima, apartado 4, dice, como se ha visto, que la prueba tendrá por objeto constatar las condiciones médicas y físicas para el ejercicio del cargo. Es decir, además de la denominación de la prueba o del ejercicio, el objeto es constatar condiciones médicas.

En segundo lugar, nada de extraño existe en que los demandantes acudan a los mismos peritos (obviamente acudirán a los que consideren que tienen un prestigio), ni en el lugar en el que se han realizado los informes periciales, no restando valor a los mismos que hayan podido realizarse en un centro público (lo que podría dar lugar a otras consecuencias, pero no a la validez de la prueba).

Lo que no cuestiona la apelante citada, como ya se ha dicho, es que los peritos, de manera unánime, consideran que el valor a utilizar es 1 cuando se trata de adultos, como es el caso del proceso selectivo.

Y lo que no consta es que los resultados del Cuadrante de Miller hayan sido validados por un especialista.

SEPTIMO. Recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro II.

El Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega también que la sentencia incurre en incongruencia al anular la declaración de no aptos y ordenar la repetición de la

prueba. Considera la representación del Ayuntamiento apelante que la sentencia ha concedido cosas distintas de las pedidas por las partes y que ha concedido más allá de lo solicitado por éstas, provocando una vulneración de los principios que deben regir los procesos selectivos.

Esta cuestión ha sido examinada ya en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia. No obstante, la Sala hará una serie de consideraciones acerca de estos motivos.

Señala la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro que la primera incongruencia en que incurre la sentencia apelada está en el fundamento de derecho cuarto, cuando reconoce una anulación no pedida por ninguna de las partes y menos todavía en los términos en los que se las reconoce. Como segunda incongruencia, esta parte apelante señala la vinculación de la decisión anterior con la repetición de la prueba de espirometría, que no ha sido solicitada por ninguna de las partes y además ordenarla en el modo y manera en que lo hace el juzgador a quo.

En primer lugar, en relación con la incongruencia alegada, cabe recordar las pretensiones deducidas por los demandantes en la primera instancia.

El Sr. Otero Muro solicitó, entre otros pedimentos, la nulidad y revocación de la lista de la cuarta prueba de la oposición, de 12 de abril de 2019, con su declaración de aptitud y la nulidad y revocación de la lista definitiva de calificación de los aspirantes, de 15 de abril de 2019, reconociéndole también la aptitud, así como la revocación de la lista definitiva de calificación de los aspirantes y adjudicación de plaza, la tercera o la cuarta.

El Sr. Hernando Martín solicitó, también entre otros pedimentos, la anulación de las resoluciones impugnadas y el reconocimiento de su derecho a ser declarado apto en la prueba de reconocimiento médico, en la resolución de calificación definitiva y en la relación de aspirantes aprobados y propuestos para su nombramiento en prácticas.

El Sr. Pérez Gutiérrez, también entre otros pedimentos, solicitó la anulación de las resoluciones administrativas impugnadas y la declaración de apto en la cuarta prueba y ser incluido en la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición.

La sentencia apelada ya se ha dicho el pronunciamiento que efectúa, anulando los actos administrativos impugnados y retrotrayendo las actuaciones al momento de la práctica de la espirometría a los demandantes, que deberá realizarse en los términos que indica la sentencia en el apartado 2º del fundamento de derecho quinto.

Como señala el juzgador a quo y antes se ha dicho, quien pretende lo más puede obtener menos de lo pretendido. Así resulta, a modo de ejemplo, de la STS de 9 de julio de 2014 (rec. 2717/2013), antes citada.

Debe recordarse que cuando se pide la anulación de un acto administrativo, ésta puede ser total o parcial y, dentro de esta última, cabe la retroacción de las actuaciones para que se efectúen sin vicio alguno de ilegalidad. La sentencia apelada ha respetado esto.

En lo que respecta a la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, cabe señalar, en primer lugar, que la Sala, en el fundamento jurídico cuarto, ya ha señalado que la motivación de la declaración de no apto de los demandantes no ha sido motivada.

En segundo lugar, en lo que respecta a la insuficiente motivación de la declaración de apto de los aspirantes que han superado la prueba y el proceso selectivo, como también se ha señalado, no consta que hayan tenido intervención en la irregularidad cometida por el Tribunal Calificador, por lo que ésta no puede perjudicarles, dada su condición de ajenos a estas irregularidades y por así demandarlo los principios de equidad y buena fe.

En tercer lugar, los términos en los que establece la sentencia que debe realizarse la espirometría no contravienen las bases de la convocatoria. Como se ha dicho, las bases de la convocatoria facultan para solicitar personal colaborador o asesores especialistas para todas o algunas pruebas, a lo que ha de añadirse que no establecen la condición de estos especialistas ni, tampoco, las condiciones en

que debe realizarse la espirometría; sobre ésta, solamente establecen el resultado que tendrá carácter eliminatorio.

Cabe recordar que, ante el silencio de las bases acerca del parámetro a utilizar en la espirometría, lo lógico es realizar una prueba de reconocimiento médico teniendo en cuenta la práctica médica habitual y adecuada a la condición del reconocido.

Todo lo expuesto determina la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro.

OCTAVO. Adhesión a la apelación I.

Aunque la representación de D. Pablo Otero Muro formula adhesión al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, cabe recordar que, al igual que en el recurso de apelación, lo que debe hacerse es una crítica de la sentencia recurrida, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento del examen de los motivos alegados en fundamentación de la adhesión a la apelación.

La representación de D. Pablo Otero Muro formula adhesión al recurso de apelación, pretendiendo la estimación íntegra de los apartados 1 a 4 del escrito de demanda, transcritos en el fundamento de derecho segundo. En lo sustancial, pretende: 1) declaración de apto en la prueba cuarta de la oposición; 2) declaración de apto y puntuación de 34'146 puntos en la lista definitiva de calificación de los aspirantes; 3) derecho a plaza en la calificación definitiva de la fase de oposición y ser propuesto para su nombramiento en prácticas, con realización del curso de formación y periodo de prácticas previsto en la convocatoria y acceso a la plaza que le corresponda; 4) efectos retroactivos y pagos de los salarios que le hubieran podido corresponder, fijando como fecha de reconocimiento como funcionario en prácticas el 26 de abril de 2019 y como funcionario de carrera el 31 de junio de 2019.

La representación en juicio del Ayuntamiento de Miranda de Ebro alega la inadmisión de la adhesión a la apelación, y ello, por considerar que incurre en desviación procesal al solicitar que se revoque parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de estimar los pedimentos 2 a 5 de la demanda, pero añadiendo una petición antes no formulada, como es la fijación de fechas concretas

para el reconocimiento como funcionario en prácticas y funcionario de carrera, lo que entiende que es una cuestión nueva y no puede ser incluida, al no haberlo sido en la demanda, pues se produce una variación del objeto procesal.

En relación con esta alegación que efectúa la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, cabe señalar que la precisión de las fechas de reconocimiento como funcionario en prácticas y como funcionario de carrera, efectuada en el suplico de la adhesión al recurso de apelación, es una pretensión que está incluida en el pedimento nº 5 del suplico de la demanda, por lo que no cabe apreciar la existencia de desviación procesal ni de una cuestión nueva, pues no se han modificado los hechos en base a los que se deduce la pretensión.

También alega, la representación del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, que el escrito de adhesión a la apelación incurre en incongruencia interna porque en el suplico del mismo, curiosamente, no se pide la revocación total de la sentencia, que hubiera sido lo lógico para mantener la coherencia interna con lo pedido en la demanda, teniendo en cuenta que la sentencia, si bien anula los actos administrativos impugnados, no declara aptos a los demandantes en la prueba de espirometría, que es lo pretendido por los demandantes, considerando la representación del Ayuntamiento que si no se solicita la revocación de toda la sentencia no puede accederse a los restantes pedimentos deducidos.

Tampoco esta alegación puede encontrar favorable acogida, pues, como establece el artículo 85 de la LJCA, el apelado puede adherirse a la apelación en los puntos en los que crea que le es perjudicial la sentencia (4. ... También podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia,...).

La sentencia estima parcialmente las pretensiones deducidas por los demandantes, anulando los actos administrativos impugnados y acordando la retroacción de actuaciones indicadas, pronunciamiento que, aunque no determine la calificación de apto solicitada, es beneficioso para los demandantes, que habían sido excluidos del proceso selectivo.

NOVENO. Adhesión a la apelación II.

En la adhesión a la apelación, se alega, en primer lugar, que los cinco informes periciales médicos de especialistas aportados descartan que el Sr. Otero Muro padezca una patología neumológica de carácter obstructivo, restrictivo o combinada, informes fechados entre tres y doce días después de la prueba de espirometría realizada en el proceso selectivo y que evidencian que la espirometría realizada por especialista es normal.

Pues bien; en relación con este primer motivo de la adhesión a la apelación, cabe señalar que la sentencia apelada no ha desconocido este dato. Así, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, apartado 3º, se recoge claramente.

Ahora bien; como se ha dicho, el resultado de la espirometría se ha considerado insuficiente y carente de motivación, como señala la sentencia apelada. No se dispone de los datos suficientes, pues no obran en el expediente administrativo, para decidir si los demandantes son aptos o no y, por tanto, no puede conocerse si la espirometría realizada, con todos los datos que debe contener la prueba (no se dispone de las curvas, parámetros, informe ...), arroja el resultado de apto.

Los informes periciales aportados no pueden sustituir a la prueba establecida en las bases.

Por otra parte, que la prueba de espirometría haya arrojado un resultado insuficiente y, además, no se haya motivado, no evidencia un error patente por parte del Tribunal Calificador; el error patente exige disponer de todos los datos que deben tenerse en cuenta para emitir un resultado suficiente, lo que es distinto a la falta de motivación.

En segundo lugar, alega la representación del Sr. Otero Muro que de haber sido declarado apto en la cuarta prueba, conforme a los informes médicos aportados, teniendo en cuenta la calificación de los tres primeros ejercicios, tendría derecho a que se le reconociera el acceso a plaza en la calificación definitiva y a la realización del curso de formación y periodo de prácticas.

Respecto de esta alegación, ha de señalarse que, como se ha dicho, los informes periciales aportados no pueden sustituir a la espirometría, que, como se ha dicho, ha arrojado un resultado insuficiente e inmotivado.

En tercer lugar, se alega, por la representación del Sr. Otero Muro, la falta de rigor en la realización de la espirometría realizada en el proceso selectivo, falta de motivación y de documentación que permita aceptar, validar y valorar el Cuadrante de Miller.

En relación con esta alegación, ha de señalarse que la sentencia apelada no ha ignorado estas alegaciones y las ha aceptado, como evidencian los fundamentos de derecho tercero y cuarto. Por otra parte, estas cuestiones ya se han abordado en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

La representación del Sr. Otero Muro alega que existe una contradicción en la sentencia apelada, en cuanto en el fallo se anula la decisión del Tribunal Calificador adoptada en sesión de 12 de abril de 2019, pero no se declara la nulidad de la lista definitiva de calificación de 15 de abril de 2019, que viene exigida por la nulidad de la lista de la cuarta prueba.

En relación con esta alegación, cabe recordar y hacer remisión a lo resuelto respecto del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro.

No consta que los declarados aptos en el cuarto ejercicio hayan tenido intervención en la irregularidad cometida por el Tribunal Calificador, por lo que ésta no puede perjudicarles, dada su condición de ajenos a estas irregularidades y por así demandarlo los principios de equidad y buena fe.

La realización de una nueva espirometría no es superflua. Los demandantes han aportado informes periciales que evidencian que no sufren obstrucción ni restricción respiratoria, lo que es aplicable al Sr. Otero Muro, pero lo que no resulta acreditado es que, a partir de todos los datos que serían precisos para constatarlo, la espirometría realizada arroje un resultado de apto, que es lo relevante.

Se alega, por la representación del Sr. Otero Muro, que si la prueba realizada con el FEV 0.5 es nula para éste, y por tanto nula la lista del cuarto ejercicio, la

prueba debe repetirse para los ocho opositores y no sólo para los declarados no aptos, so pena de vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La alegación no puede prosperar, pues debe reiterarse lo indicado respecto de la alegación anterior y lo señalado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, respecto de la retroacción de actuaciones.

Se alega también que la declaración de aptitud del Sr. Otero Muro y, en su caso, del resto de opositores declarados no aptos a través de la estimación de sus recursos, obliga a excluir a tres opositores que fueron declarados aptos, atendiendo a su inferior puntuación obtenida.

Tampoco esta alegación puede prosperar, sirviendo como fundamento de la desestimación, igualmente, lo indicado respecto de las alegaciones anteriores y lo señalado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia, respecto de la retroacción de actuaciones.

La representación del Sr. Otero Muro alega también que la sentencia incurre en infracciones legales de derecho sustantivo, sin embargo, los preceptos que cita no las imputa a la sentencia, sino a la actuación de la Administración municipal, como sucede con el artículo 9 del R.D. 869/1991, el artículo 91 de la Ley de Bases de Régimen Local, el artículo 5 del R.D. 364/1995, el artículo 77.7 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (aunque por error se dice que de la LJCA), el artículo 61 del R.D. 364/1995, en su apartado 2, y los 122.2, 22.1 y 35 de la Ley 39/2015, antes citada.

Se alega también, por la representación de, que la solución de repetir la prueba sólo a los tres aspirantes con mejor calificación declarados no aptos incurre en una trasgresión de las bases.

La alegación tampoco puede encontrar favorable acogida, pues, como dice el juzgador de instancia, y antes se ha señalado, el límite de aprobados establecido en las bases de la convocatoria no juega cuando se trata de la ejecución de resoluciones judiciales.

También se alega, en la adhesión al recurso de apelación, que conforme al principio de congruencia debió ser declarada la nulidad de la lista definitiva de calificación de aspirantes de 15 de abril de 2019.

Sobre que la sentencia apelada no infringe el principio de congruencia ya se ha hablado anteriormente. En lo que respecta a la desestimación de la pretensión anulatoria de la lista de calificación de aspirantes, ha de señalarse que, como indica el juez a quo, esta relación de aspirantes no está afectada por la anulación de la decisión del Tribunal Calificador declarando a los demandantes no aptos en el cuarto ejercicio y su mantenimiento, el de la lista definitiva de calificación de aspirantes de 15 de abril de 2019, no impide que los demandantes, si superan el cuarto ejercicio de la fase de oposición, sean declarados aptos en esta fase de oposición y continúen para ellos la siguiente fase del proceso selectivo.

También se han indicado ya las razones por las que debe ser mantenida esta relación de 15 de abril de 2015.

Se alega también, en la adhesión al recurso de apelación, que el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos supone un agravio comparativo para el recurrente, que vería reconocidos sus derechos económicos y de antigüedad como funcionario con más de tres años de retraso respecto de los demás opositores.

Tampoco esta alegación puede encontrar favorable acogida, pues, si el demandante supera el proceso selectivo deberá procederse al reconocimiento de los efectos administrativos y económicos desde el momento en que se produjeron para los inicialmente nombrados, tras la necesaria reevaluación.

El Tribunal Supremo, en la sentencia nº 714/2021, de 21 de mayo de 2021 (rec. 5114/2019), señala: “2. Tratándose de procesos selectivos en los que se excluye o suspende indebidamente a un aspirante, si tal acto se revoca por sentencia y su ejecución obliga a examinarlo o reexaminarlo, se plantearán cuáles son los efectos de tal estimación. Si por apreciarse un supuesto de nulidad de pleno Derecho se retrotrae el procedimiento y de resultas de ello supera las pruebas, los efectos de la superación actúan como si ese hubiese sido el resultado para él

del proceso selectivo de no haberse cometido infracción alguna, luego al momento deducible de la convocatoria o al que haya sido según su desarrollo.”.

Finalmente, en la adhesión al recurso de apelación, se alega incongruencia omisiva porque la sentencia deja de juzgar el pedimento quinto del suplico de la demanda.

La sentencia apelada, en lo que respecta a este pedimento (efectos retroactivos y pago de los salarios), ha resuelto en los términos similares a los indicados respecto de la alegación anterior, indicando, además, que la situación administrativa que corresponde a los demandantes es la propia de la permanencia en el proceso selectivo.

Por tanto, no es cierto que la sentencia no haya juzgado el pedimento 5º.

Por lo expuesto, tampoco la adhesión al recurso de apelación puede encontrar favorable acogida, debiendo ser desestimada.

DECIMO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la L.J.C.A., al desestimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Miranda de Ebro, las costas causadas por este recurso se imponen a la citada parte apelante.

Asimismo, de conformidad con el mismo precepto legal, las costas causadas por la adhesión al recurso de apelación se imponen a D. Pablo Otero Muro, al haberse desestimado la misma.

En atención a todo lo expuesto

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto, por la representación del Excmo. Ayuntamiento de Miranda de Ebro, contra la sentencia nº 101/2021, de

10 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos en el recurso contencioso-administrativo autos de P.A. nº 224/2019, que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Asimismo, se desestima la adhesión al recurso de apelación interpuesta por la representación de D. Pablo Otero Muro.

Todo ello, con la condena en costas del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, en lo que respecta a las causadas por el recurso de apelación interpuesto por éste y, asimismo, con la condena en costas de D. Pablo Otero Muro, en lo que respecta por las causadas por la adhesión al recurso de apelación efectuada por éste.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado-Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia de la misma, certifico.