

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados antes citados, el recurso de casación número 888/2010, interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 27 de noviembre de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima), recaída en el recurso contencioso-administrativo número 510/2002. Ha sido parte recurrida D. Mauricio, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Barallat López.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

«Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procurador de los D^a. Ana Barallat López, en nombre y representación de D. Mauricio, contra las resoluciones reflejadas en el Fundamento de de Derecho Primero, y en el particular en el mismo descrito, las cuales, por ser contrarias a derecho, anulamos; al propio tiempo declarar y declaramos:

1º.- Que el hoy recurrente no se encuentra afectado por ninguna de las causas de exclusión establecidas en la Orden de 10 de Mayo de 2.001 (B.O.E. nº 125 de 25 de Mayo próximo siguiente) por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, Escalas masculina y femenina.

2º.- Que debe reconocérsele su derecho a que se declare que ha superado la prueba de aptitud médica en las pruebas selectivas antedichas, con las consecuencias jurídicas especificadas en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución.

Pronunciamientos por los que habrá de estar y pasar la Administración demandada; y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas».

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación procesal de la parte recurrente, se presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima), preparando recurso de casación contra la misma, teniéndolo por preparado la Sala de instancia y remitiendo las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta, formaliza el recurso de casación por escrito que tiene entrada en este Tribunal en fecha 25 de marzo de 2010, en el que tras alegar cuantos motivos de casación tuvo por conveniente, terminó suplicando que:

«(.../...) en su día se dicte Sentencia que anule y revoque la Sentencia de instancia, confirmando el acto administrativo».

CUARTO.- Por providencia de 3 de mayo de 2010 se concedió a las partes trámite de alegaciones sobre la posible inadmisión del recurso, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Mediante Auto de 9 de septiembre de 2010, se declaró, por las razones que en dicha resolución se expresan, la inadmisión del recurso de casación respecto del primer motivo aducido y la admisión a trámite del recurso en cuanto al segundo motivo alegado, remitiéndose las actuaciones a la Sección Séptima de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos.

SEXTO.- Habiéndose dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las parte recurrida a fin de que, en el plazo conferido, formalizara su escrito de oposición, mediante escrito presentado el día 28 de diciembre de 2010, la representación procesal de D. Mauricio, formalizó su oposición, y tras alegar los fundamentos jurídicos que tuvo por pertinente, solicitó **«tenga por formulada oposición al Recurso de Casación ya referenciado, y, previo los trámites que**

procedan, acuerde la desestimación del mismo, confirmando la Sentencia de instancia e imponiendo las costas causadas al recurrente».

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo el día 5 de octubre de 2011, habiéndose cumplido en la tramitación de este recurso las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Era objeto de impugnación en instancia el Acuerdo de 5 de noviembre de 2001 del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, confirmada en alzada por Resolución 22 de febrero de 2002 del Subdirección General de Personal de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, que declaró no apto a D. Mauricio para superar la tercera prueba -reconocimiento médico de aptitud- de la fase oposición.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen del recurso debe hacerse referencia a las vicisitudes procesales acaecidas en el procedimiento de instancia.

Mediante Sentencia de 5 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora recurrido contra la Resolución administrativa a la que se ha hecho referencia en el anterior fundamento y cuyo fallo era el siguiente:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Barallat López, en nombre y representación de D. Mauricio, contra las resoluciones reflejadas en el Fundamento de Derecho Primero, las cuales, por ser ajustadas a derecho, confirmamos; y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas».

El ahora recurrido, disconforme con la misma interpuso recurso de casación que fue conocido por esta Sala con el número 10966 / 2004, y en el que por esta Sección el 5 de noviembre de 2008 se dictó sentencia cuyo fallo era el siguiente:

«1) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por D. Mauricio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid, del 5 de Julio de 2004 desestimatoria del recurso núm. 510/2002, sobre pruebas selectivas. Sentencia que se revoca.

2) Se retrotrae el procedimiento al momento procesal de la proposición y admisión de la prueba, para que prosigan las actuaciones en la forma detallada en el fundamento sexto de esta Sentencia.

3) Cada parte soportará las costas causadas a su instancia en esta casación».

En ejecución del anterior fallo, por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el día 2 de enero de 2009 mediante providencia se acuerda:

«Se admite y declara pertinente los medios de prueba propuestos por la parte recurrente y requiérase Oficio a la Clínica Médico Forense de los Juzgados de la Plaza de Castilla para que por el Perito correspondiente emita el informe que se solicita y acompañándose la documental aportada para tal fin».

Emitido el informe el 18 de junio de 2009, mediante providencia de 1 de julio se unió a los autos, declarándose concluso el periodo de prueba y quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, que mediante providencia de 18 de septiembre de 2009 se fijó para el día 25 de noviembre de 2009, dictándose el 27 de noviembre siguiente la Sentencia estimatoria que ahora se recurre en casación.

TERCERO.- El Abogado del Estado fundamenta el único motivo que resultó admitido de su escrito de interposición **«al amparo del art. 88.1,d) de la Ley de la Jurisdicción por infracción de**

la Jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate», pues entiende que **«la sentencia recurrida ha vulnerado la Jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de los tribunales examinadores y juzgadores de las pruebas de selección para ingreso en la Administración Pública. Y ello, al dar preferencia al informe del Médico Forense citado, frente al juicio de la Comisión Calificadora, avalada por el informe del Tribunal Médico Administrativo que declaró al aspirante en la tercera de las pruebas, de reconocimiento, médico,- como no apto»,** citando en apoyo de su alegación a las sentencias de de este Tribunal de 28 de enero y 21 de febrero de 1992.

Solicita el Abogado del Estado que esta Sala **« puede y debe hacer uso de la previsión contenida en el art. 88.1,d) de la L.J.C.A.: "Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder." Al objeto de tomar en consideración el informe del Tribunal Médico Administrativo que juzgó y consideró que el aspirante padecía una enfermedad que le hacía no apto para ingresar en el referido Cuerpo de funcionarios, y que forma parte del expediente administrativo ».**

La parte recurrida en su escrito de oposición solicita la desestimación del recurso por considerar que la Administración recurrida al socaire de una supuesta infracción de la jurisprudencia lo que realmente busca es cuestionar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia.

CUARTO.- Pues bien el recurso de casación planteado en los términos expuestos no puede ser acogido.

De un lado debe recordarse que para que la infracción de jurisprudencia pueda motivar válidamente el recurso de casación, exige al recurrente la observancia del artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional en lo que respecta a la cita de las normas infringidas por la sentencia impugnada. Como es doctrina de este Tribunal, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico y como tal complemento se elabora y consolida en la aplicación e interpretación reiterada de normas concretas. Por tanto, no es suficiente con hacer patente la discrepancia con los argumentos de la sentencia si aquélla no se expresa razonadamente, cuando se trata de articular como motivo casacional la infracción de jurisprudencia, citando las Sentencias del Tribunal Supremo y los preceptos que éstas interpretan, así como haciendo alusión a la semejanza entre los supuestos enjuiciados en las sentencias que se invocan y el que ha sido objeto de la sentencia impugnada en casación.

No obstante, dejando al margen la cuestión referida a la técnica casacional empleada, como bien señala la parte recurrida en su escrito de oposición, el contenido del motivo de casación del Abogado del Estado se fundamenta en la imposibilidad jurisprudencial de revisar las decisiones de los tribunales y comisiones de valoración en el ámbito de su discrecionalidad técnica.

Como decíamos en Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de marzo de 2009 -recurso de casación nº 7220/2004-, la doctrina relativa a la llamada discrecionalidad técnica administrativa de los Tribunales Calificadores y a la imposibilidad de sus sustitución por la del Tribunal Judicial, ha sido ya matizada en numerosas sentencias de esta Sala, en el sentido de que no supone una exención de la fiscalización jurisdiccional, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, estableciéndose en el artículo 106.1 de la misma la cláusula de revisión universal de todos los actos administrativos por jueces y tribunales. Otra cosa es que el control que realizan éstos, es de legalidad, y por lo tanto, el parámetro para declarar la ilicitud de estos actos ha de ser el del ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego, los principios constitucionales de mérito, igualdad y capacidad en el acceso a la función pública. Lo que no pueden hacer los órganos judiciales en dicho control es sustituir el criterio del Tribunal Calificador, que es libre respecto a la Administración que les ha nombrado, por el suyo propio; pero sí que puede, como aquí ha ocurrido, basándose en las pruebas practicadas, especialmente la pericial, anular o sustituir las valoraciones del Tribunal Calificador, cuando se

demuestra en el proceso que aquellas son incorrectas y contrarias a los principios antes citados, pudiendo valerse el recurrente de cuantas pruebas en derecho sean admisibles. En consecuencia, la presunción de legalidad, (propia por lo demás de todos los actos administrativos), queda desvirtuada por la prueba procesal correspondiente.

La resolución administrativa recurrida en instancia entendió -con base en el informe médico obrante al folio 27 del expediente administrativo- que la enfermedad de D. Mauricio, era una enfermedad transmisible en actividad, incluida en el cuadro de exclusiones médicas del Anexo V de la convocatoria que a juicio del Tribunal calificador, limita o dificulta el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Sin embargo, la Sentencia recurrida fundamenta su fallo en el informe pericial emitido en periodo de prueba por el facultativo de la Clínica Médico Forense de Madrid, en el que se concluía que:

«1. Que el informado sufre una hepatitis crónica por virus C.

2. Que dicha enfermedad no está contemplada explícitamente en el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

3. Que dicha infección se transmite de forma parenteral, por contacto de fluidos o sangre con mucosas o piel dañada, relaciones sexuales o vía madre-hijo.

4.- Que, desde el punto de vista médico legal, no encontramos argumentos científicos que justifique una incompatibilidad entre sufrir esta enfermedad y la realización de las tareas esenciales de la profesión de funcionario de prisiones, sin riesgo para él, ni para los que le rodean».

De acuerdo con el anterior informe la Sala de instancia llegó a la conclusión que lo procedente era la no exclusión del entonces recurrente y por ello su declaración como apto toda vez que consideró que la Administración consideró que la hepatitis C que sufría era transmisible en actividad cuando en realidad no lo es.

Recordemos en este punto que el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -de aplicación supletoria a este orden jurisdiccional-, dispone la valoración de los dictámenes periciales por los Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica, siendo conocida la jurisprudencia que impide en casación hacer una nueva valoración de la prueba -la Administración recurrente no aporta ninguna prueba de que la apreciación realizada por la Sala de instancia sea irracional, ilógica o absurda-, siendo el proceso contencioso-administrativo el lugar donde la Administración pudo haberse opuesto, incluso con otras pruebas, a la pericial propuesta por el entonces recurrente y finalmente practicada.

No obsta a lo anterior la alegación referida al artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional -por error se cita el 88.1.d)-, pues si bien tal precepto posibilita la integración por la Sala de los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia que, habiendo sido omitidos por este, estén suficientemente justificados en las actuaciones, no puede utilizarse como parece pretender el representante de la Administración, con la intención de sustituir, sin más, la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia.

QUINTO.- La desestimación del presente recurso conlleva la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en virtud de la habilitación que se concede en dicho precepto se limita el alcance de los honorarios máximos de la parte recurrida a la suma máxima de 1500 euros.

FALLAMOS

1º.- No ha lugar al recurso de casación número 888/2010, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 27 de noviembre de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 510/2002.

2º.- Se condena en costas a la parte recurrente, en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-**Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.