



Roj: **STSJ M 3893/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3893**

Id Cendoj: **28079330072017100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **26/05/2017**

Nº de Recurso: **1267/2016**

Nº de Resolución: **303/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **SANTIAGO DE ANDRES FUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN Nº 1267/2016 PONENTE SR. Santiago de Andrés Fuentes

### **SENTENCIA Nº 303**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉPTIMA

**Ilma. Sra. Presidenta:** D<sup>a</sup>. María Jesús Muriel Alonso **Ilmos. Sres. Magistrados:** D<sup>a</sup>. Elvira Adoración Rodríguez Martí D. Ignacio del Riego Valledor D. Santiago de Andrés Fuentes D. José Félix Martín Corredera

En la Villa de Madrid a veintiséis de Mayo del año dos mil diecisiete.

VISTO, por la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados "supra" relacionados, el recurso de apelación que con el nº 1267/2016 ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto, por el Letrado D. Luis Jesús García Redondo, en nombre y representación del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD (SERMAS), contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de Octubre de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 452/2015, contra la resolución desestimatoria presunta, por silencio administrativo, de la solicitud formulada por D<sup>a</sup>. Adolfina , con fecha 9 de Octubre de 2014 y reiterada el 13 de Abril de 2015, en orden a que se decretara la nulidad del ejercicio/examen de la fase de oposición que había realizado el día 4 de Octubre de 2014, correspondiente al proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la Categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, convocado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente). Habiendo sido apelada D<sup>a</sup>. Adolfina , representada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Cabrero del Nero.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 13 de Octubre de 2016, y en el Procedimiento Abreviado nº 452/2015 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva, literalmente transcrita, dice así: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup>. Adolfina , frente a la resolución desestimatoria por silencio administrativo de la impugnación formulada ante el Tribunal examinador, respecto del examen de oposición para acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, debo anularla por no ser ajustada a derecho y, en su lugar declarar la nulidad del examen realizado a la recurrente el pasado día 4 de Octubre de 2014. Sin costas".

**SEGUNDO:** Notificada que fue la anterior Sentencia a las partes, por la representación procesal del Servicio Madrileño de la Salud se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite por diligencia de ordenación de 7 de Noviembre de 2016, se sustanció por sus prescripciones ante el Juzgado de que se viene haciendo mención el cual elevó, en su momento, las actuaciones a esta Sala.



**TERCERO:** Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por diligencia de ordenación se acordó formar el presente Rollo de Apelación y dar a los Autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y siendo así que ninguna de las partes solicitó el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 24 de Mayo del año en curso, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Santiago de Andrés Fuentes, quien expresa el parecer de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En el presente recurso de apelación,- cuyo objeto lo constituye, como sabemos, la Sentencia dictada con fecha 13 de Octubre de 2016, y en el Procedimiento Abreviado nº 452/2015, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de esta Villa -, aduce la dirección letrada del Servicio Madrileño de la Salud, como argumentos que justificarían la revocación de la Sentencia cuestionada que pretende, los siguientes: 1º.- Que la Sentencia apelada infringe las previsiones contenidas en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, puesto en relación con los artículos 25, 28 y 69 c) de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que el recurso en la Instancia debió inadmitirse, por dirigirse contra una actuación no susceptible de impugnación, por no haberse agotado la vía administrativa previa, y en la que, además, lo que se cuestionaba tenía que ver, únicamente, con las condiciones en que se llevó a cabo el examen de la fase de oposición de un proceso selectivo, el convocado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente), debiendo haberse cuestionado en verdad la resolución del Tribunal Calificador actuante que publicó las calificaciones de los aspirantes que habían superado el indicado ejercicio de la fase de oposición, listado en el que no aparecía relacionada la apelada; 2º.- Que la Sentencia en cuestión, pese a que dice estimar el recurso formulado en la Instancia, en realidad únicamente lo hace en parte, pues nunca declara, frente a lo que se solicitaba en la demanda, el derecho de la hoy apelada a una nueva convocatoria, en definitiva a llevar a cabo un nuevo ejercicio, en sustitución del anulado; Y, en fin, 3º.- Que también vulnera la Sentencia objeto de apelación las previsiones contenidas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como los artículos 4, 29 y 30 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, toda vez que olvida que el ejercicio de la fase de oposición que realizó la apelada debía efectuarse, por así imponerlo las Bases de la convocatoria aplicables, en llamamiento único y con igual ejercicio para todos los aspirantes, a fin de garantizar la verdadera y efectiva igualdad de los mismos, siendo la solución adoptada por la resolución revocada en la Instancia adecuada a derecho, al no otorgar ninguna ventaja competitiva a ningún aspirante, no pudiendo aplazarse el examen, ni realizarse uno distinto, porque lo impedía la propia Convocatoria. Frente a estas alegaciones la parte apelada interesó la confirmación de la Sentencia objeto de recurso por sus propios fundamentos.

**SEGUNDO:** Expedito el camino para el análisis de lo que constituye la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, -la Sección, una vez realizada la necesaria revisión de las actuaciones que la alzada, por su naturaleza, implica, compartiendo los argumentos que se expresan por el Juzgador "a quo" llega a la misma conclusión que la sostenida en la Sentencia recurrida, lo que determina la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la Sentencia de Instancia, pues la Sección comparte los razonamientos expuestos en la Sentencia impugnada, los cuales hacemos nuestros sin que sea preciso reiterarlos aquí, por innecesarios, y debemos además señalar, para llegar a la misma conclusión que la sostenida en aquella, que no resultaría ocioso recordar, en primer lugar, que mediante el recurso de apelación un Órgano Jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la Sentencia dictada por el Juez "a quo", extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como a los de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse aquél medio de impugnación. Mediante el recurso de apelación se pretende que el Tribunal "ad quem" examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el Tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de Primera Instancia pues, tratándose de un recurso contra una Sentencia, es exigible que el mismo contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica. A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la Sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en Primera Instancia que pudieron tener relevancia para el Fallo), sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la Primera Instancia, sin someter a la



debida crítica la Sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso. Es evidente, pues, a la luz de la anterior doctrina, que la falta de tal crítica de la Sentencia dictada por el Juez de Instancia tiene que llevar necesariamente a la desestimación del recurso de apelación. En el caso que ahora examinamos la dirección letrada del Servicio Madrileño de la Salud se ha limitado, en su escrito de interposición del recurso de apelación que nos ocupa, a reiterar miméticamente, aunque revestidos de crítica formal de la Sentencia apelada, casi idénticos argumentos, y sustancialmente punto por punto, a los que ya barajó en la contestación a la demanda formulada en la Instancia, lo que tuvo lugar en el acto de la Vista que en la misma se llevó a cabo, siendo así que los indicados argumentos fueron cumplida y certeramente respondidos en la Sentencia que se pretende combatir, por lo que bastaría con aludir a estos propios y acertados fundamentos de la Sentencia apelada, que como ya dijimos este Tribunal hace suyos, pues constituyen base suficiente para tal desestimación, resultando innecesario y superfluo su reiteración en esta Sentencia ya que, a la vista de los mismos, poco más se puede añadir con especial relevancia para la resolución de la controversia suscitada.

**TERCERO:** A mayor abundamiento de lo expuesto en la Sentencia apelada diremos que en materia de inadmisibilidad, como señala reiteradamente nuestro Tribunal Supremo en doctrina Jurisprudencial inconcusa que arranca ya desde la Sentencia dictada el 6 de Mayo de 1985, "hay que tener en cuenta los criterios informantes del sistema - artículo 24 de la Constitución y Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción - criterios de flexibilidad y apertura para lograr una completa garantía Jurisdiccional por parte de todos los litigantes", de tal manera que las causas de inadmisibilidad han de interpretarse con carácter restrictivo sin que puedan ser aplicados criterios hermenéuticos analógicos siendo preciso, en el caso de que emerja la más mínima duda sobre la concurrencia o no de las que se aleguen, decantar la solución en favor de un pronunciamiento de fondo en aplicación del principio "pro actione" y del Derecho Fundamental que a los ciudadanos otorga nuestra Carta Magna a obtener una tutela judicial efectiva. Sobre la base de estas afirmaciones y centrándonos ya en el primer motivo de apelación que se esgrime, no puede obviarse, como se hace, que la resolución desestimatoria presunta que se cuestionaba en la Instancia venía referida, en el caso concreto, a una petición que efectuó la hoy apelada con fecha 9 de Octubre de 2014, y que reiteró el 13 de Abril de 2015, en orden a que se decretara la nulidad del ejercicio/examen de la fase de oposición que había realizado el día 4 de Octubre de 2014, correspondiente al proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la Categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, convocado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente). Ahora bien, si se leen, por superficialmente que fuera, las dos peticiones que se efectuaron en vía administrativa, a las que por cierto la Administración apelante dio la llamada por respuesta, se observará que en las mismas no se cuestionaba el contenido de dicho ejercicio, es decir las preguntas que en el mismo se formularon, ni la fecha de realización general del mismo, sino simple y llanamente el que, en las circunstancias concretas físicas y psíquicas que se hallaba D<sup>a</sup>. Adolfinia el día y a la hora en que dicho ejercicio/examen se desarrolló, se le obligara, bajo sanción que de no hacerlo vería decaída su actuación y participación en el proceso selectivo de referencia, a realizarlo, actuación que la apelada consideraba contraria a los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 14, 15 y 23.2 de la Constitución y, por ello, constitutiva de un supuesto de nulidad de pleno derecho en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (hoy del artículo 47.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Esta constatación, lejos de ser irrelevante, tiene singular importancia en relación al hecho, cierto, de que la hoy apelada no recurriera, ni tampoco solicitara la ampliación del recurso que había interpuesto, a la resolución del Tribunal de Selección actuante que publicó las calificaciones de los aspirantes que habían superado el indicado ejercicio/examen de la fase de oposición, listado en que no aparecía relacionada, ni a la posterior resolución que hizo públicos los aspirantes que habían superado definitivamente el mismo, en la que tampoco aparecía. Estas actuaciones, posteriores, son completamente irrelevantes a la hora de resolver la cuestión que nos ocupa, en primer lugar porque las mismas en ningún caso subsanarían las infracciones del ordenamiento jurídico que pudieran haberse cometido por la Administración actuante respecto de la Sra. Adolfinia y, además y en segundo lugar, porque una vez pretendida la nulidad de pleno derecho de una determinada actuación, como era el caso, el acogimiento de la pretensión esgrimida produce, como lógica consecuencia y respecto de la persona a quien tal nulidad afecta, el que todas las actuaciones de un proceso selectivo como aquel al que esta apelación viene referida, y respecto de la accionante, se tornen viciadas como consecuencia de la irregularidad constatada pues, como es conocido, una actuación señalada de nulidad radical no produce efecto alguno y transmite sus efectos invalidantes a las actuaciones posteriores vinculadas con la misma. Por otra parte resulta un argumento completamente falaz que se nos diga que la Sentencia apelada, pese a que dice estimar el recurso formulado en la Instancia, en realidad únicamente lo hace en parte, pues, se argumenta, nunca declara, frente a lo que se solicitaba en la demanda, el derecho de la hoy apelada a una nueva convocatoria, en definitiva a llevar a cabo un nuevo



ejercicio, en sustitución del anulado. Si se lee con detenimiento la Sentencia apelada se observará que la misma, en su Fallo, declara la "nulidad del examen realizado a la recurrente el pasado día 4 de Octubre de 2014", y si se relaciona esta parte dispositiva con los argumentos que se exponen en el cuerpo de la propia Sentencia se podrá constatar, sin temor al equívoco, que los motivos que llevaron al Juzgador de Instancia a concluir en el sentido expuesto no fueron otros que considerar que la actuación que se sometió a su consideración cercenó los derechos fundamentales de la recurrente, en concreto los previstos en los artículos 23 y 14 de nuestra Carta Magna, incurriendo en un supuesto de nulidad radical o de pleno derecho. Ello provoca que, de confirmarse la solución que dio al recurso la Sentencia apelada, y en ejecución de la misma, efectivamente deba convocarse a la hoy apelada a la realización de un nuevo ejercicio, en el mismo proceso selectivo convocado por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente), pues esta es la lógica conclusión ante la nulidad declarada del examen que la misma realizó el 4 de Octubre de 2014, ya que el derecho a la ejecución de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, al punto que constituye parte esencial del mismo debiéndose, por el Órgano encargado de cada ejecución, apurar siempre, en virtud del principio "por actione", del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del Fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la "causa petendi", es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes que, aunque no pasan literalmente al Fallo, como es lógico, sí constituyen base para su admisión o rechazo por el Órgano competente y, por ello, fundamento de su Fallo, del cual operan como causas determinantes (en este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1989, de 21 de Septiembre).

**CUARTO:** Atendiendo a la clasificación de los actos administrativos según la función que los mismos desempeñan dentro del procedimiento, los actos de trámite se caracterizan porque preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, pero sin resolver, en modo alguno, sobre las cuestiones de fondo planteadas en el procedimiento, lo que determina que los aludidos actos de trámite no sean impugnables separadamente, sino que es al recurrir la resolución o acto decisorio del procedimiento cuando podrán suscitarse las cuestiones relativas a la legalidad de dichos actos de trámite. En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Junio de 2010 (casación nº 4513/2009), entre innumerables otras, que atribuye esta caracterización de actos de trámite a aquellos que preparan y contribuyen a la adopción de la decisión definitiva. Están concebidos, por tanto, para ordenar el procedimiento, propiciando el mayor acierto de la decisión administrativa, el acto definitivo, que pone fin al procedimiento y resuelve las cuestiones planteadas en el mismo. La afirmación de que tales actos no pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de forma autónoma o separada del acto administrativo definitivo al que se encuentran indisolublemente conectados a estos efectos es, con carácter ordinario, cierta, pero no general, pues existe alguna salvedad, en concreto nos referimos a los denominados actos de trámite cualificados, esto es, aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (artículo 25.1 de la LJCA). De modo que el régimen jurídico de los actos definitivos se extiende a esos actos de trámite cualificados por sus concretos efectos. Además, los supuestos que permiten cuestionar la legalidad de este tipo de actos en sede Jurisdiccional, ex artículo 25.1 de la LJCA, coinciden con los previstos para hacer lo propio en vía administrativa, ex artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. La resolución desestimatoria presunta cuestionada en la Instancia, analizada en relación a las solicitudes a la que la misma venía referida, revela que en el caso concreto nos encontrábamos, respecto de la hoy apelada, ante un acto de trámite de los denominados cualificados, que permiten una impugnación autónoma e independiente del acto definitivo que pone fin al procedimiento. Concretamente se trataba de un acto incardinable dentro de las excepciones que regula el artículo 25.1 de la LJCA, porque impedía la continuación del procedimiento respecto de la accionante, decidiendo, al menos indirectamente, el mismo, pues condicionaba la decisión final que tuvo lugar, su exclusión del proceso selectivo en el que participaba. Por otra parte, la actuación cuestionada, de no posibilitarse su impugnación independiente y por los concretos motivos que se hacía, generaría un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la Sra. Adolfina. Quiere ello decir que, atendida la sustantividad de la decisión cuestionada en el proceso de que esta apelación trae causa, así como de los efectos que de la misma podían derivarse, no estamos ante un acto de trámite concebido para ordenar el procedimiento y que, por tanto, únicamente podía ser impugnado con la decisión final que se adoptase sobre la totalidad del proceso selectivo en que participó la apelada. El contenido del acto antes expresado excede de tal naturaleza, lo que sitúa al mismo en la órbita propia de los actos de trámite cualificados, pues resulta extraña a la naturaleza de un acto de trámite ordinario la cuestión que planteaba la Sra. Adolfina en sus escritos de fechas 9 de Octubre de 2014 y 13 de Abril de 2015 (véanse folios 35 a 41 del Expediente Administrativo que se une a las actuaciones), ante los que la Administración hoy apelante mantuvo una actitud silente. Téngase en cuenta que el acto de trámite en general, ex artículo 25 de la LJCA con la consecuencia procesal que prevé el artículo 69.c) de la misma Ley, no es que no sea impugnable, sino que lo es únicamente cuando se impugna



el acto administrativo que ponga fin al procedimiento. Mientras que el acto de trámite cualificado,- cuando se trata de actos que impiden continuar el procedimiento o cuando producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos -, es susceptible de impugnación de modo independiente y autónomo.

**QUINTO:** En último lugar, y por lo que respecta a la pretensión de la parte apelante de que se resuelva que el recurso formulado en la Instancia debía haberse inadmitido, se alega que la actuación cuestionada en aquélla no había agotado la vía administrativa. Con relación a esta alegación cabe decir que nuestro Tribunal Supremo ya en Sentencia de 29 de Marzo de 1999 (casación 6863/1994 ), señaló que: "... es cierto que, cuando no se ha agotado la vía administrativa, hay que declarar la inadmisibilidad. Ahora bien, el principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución impide pueda invocarse la falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando la propia Administración ni dio respuesta a la petición deducida por el particular ni indicó, por tanto, al interesado la orientación procesal necesaria, infringiendo con ello, ..., no sólo el deber de resolver que tiene la Administración, sino el de notificar los recursos procedentes; entenderlo de otra forma implicaría primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales -STC 21-1-86 ". En la Sentencia de 20 de Abril de 1996 (apelación 6955/1991 ) el propio Alto Tribunal señala, al preguntarse respecto de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa y si tal requisito procesal constituye una formalidad ritual y literalista que debe rechazarse en aras de la tutela judicial efectiva, que "la naturaleza revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad Jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que a ésta encomienda el artículo 106.1 de la Constitución ", y, en consecuencia, concluye "el único presupuesto exigible para el ejercicio de la potestad de juzgar es que la Administración haya tenido la oportunidad de conocer la queja, agravio o reclamación del interesado y de pronunciarse sobre la cuestión, dándole la contestación que considere oportuna o la callada por respuesta, aun cuando esta actitud infrinja el deber de resolver en todo caso, de modo que el régimen de impugnación de resoluciones presuntas no consiente, como solución, la nulidad de actuaciones y la retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los trámites o requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las pretensiones formuladas" ( Sentencias, entre otras, de 15 de Octubre de 1990 , 6 de Noviembre de 1990 , 5 de Diciembre de 1991 , 9 de Marzo de 1992 , 10 de Mayo de 1993 - recurso de apelación 9171/1990 , fundamento jurídico séptimo -, 4 de Diciembre de 1993 - recurso de apelación 11726/90 , fundamento jurídico cuarto -, 18 de Abril de 1995 - recurso de apelación 6905/91 , fundamento jurídico tercero -, 15 de Julio de 1995 - recurso de casación 578/1993 , fundamento jurídico tercero -, 30 de Septiembre de 1995 - recurso de apelación 675/1993, fundamento jurídico segundo -, y 14 de Noviembre de 1995 - recurso de apelación 6299/91 , fundamentos jurídicos primero, segundo y quinto)". Resulta evidente, a la luz de esta doctrina, que no es posible entender de recibo, en el caso de autos, la causa de inadmisibilidad opuesta por la dirección letrada de la Administración apelante.

**SEXTO:** Una vez despejados los obstáculos formales que a juicio de la dirección Letrada del Servicio Madrileño de la Salud (SERMAS) impedían el análisis de la cuestión de fondo que se planteaba en el proceso a que dio respuesta inicial la Sentencia hoy apelada, para resolver la cuestión central planteada hemos de partir de la base de que por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente) se convocó proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la Categoría de Diplomado Sanitario/ Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid. Este proceso selectivo, según disponía la Base Sexta de la convocatoria, constaba de una primera Fase de Oposición, constaba de un ejercicio único igual para todos los sistemas de acceso (acceso libre y promoción interna) consistente en contestar por escrito, en un plazo máximo de ciento veinte minutos, un cuestionario tipo test de 100 preguntas relacionadas con el contenido del temario hecho público con las propias Bases, previéndose la convocatoria para la realización de dicho ejercicio en llamamiento único. Este llamamiento se produjo por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud de 4 de Julio de 2014 (B.O.C.M. nº 161 de 9 de Julio próximo siguiente), en la que se señalaba, expresamente, que la realización del ejercicio se llevaría a cabo el 4 de Octubre de 2014, a las 10,00 horas, indicándose que "el llamamiento será único para todos los aspirantes admitidos, siendo excluidos de las pruebas selectivas quienes no comparezcan, salvo en los casos alegados y justificados con anterioridad a la realización del ejercicio, los cuales serán apreciados libremente por el Tribunal", (véase folio 23 del Expediente Administrativo que se une a las actuaciones). Ocurre que el día 3 de Octubre de 2014, es decir el día anterior a aquél en que se iba a realizar el examen de la Fase de Oposición del proceso selectivo de referencia, D<sup>a</sup>. Adolfinia , hoy apelada, fue ingresada en el Hospital Universitario Gregorio Marañón, con dinámica de parto activo, de lo cual se dio exacto y puntual conocimiento a la Comisión de Selección designada en el proceso selectivo en que la misma participaba, de tal suerte que a las 10,00 horas del día siguiente, es decir el día 4 de Octubre de 2014 y a la hora señalada para la realización del referido ejercicio, la misma se hallaba en el paritorio del Hospital en que estaba ingresada, administrándosele



Oxitocina y sueros, con 8 centímetros de dilatación y monitorización fetal interna, al tiempo que se le había administrado ya anestesia epidural. En estas condiciones se presentó, en el Hospital y paritorio donde se encontraba la hoy apelada, un miembro del Tribunal de Selección actuante en el proceso en el que la misma participaba, el cual, tras informársele de las circunstancias concretas en que se hallaba la Sra. Adolfina y constatarlas personalmente, le informó que, pese a tales circunstancias, debía realizar el ejercicio de la Fase de Oposición, so pena de tenerle por decaída en el mismo, con la consecuencia anudada a ello de excluirle del proceso selectivo. Ante tales hechos la apelada optó por realizar el ejercicio, lo que obligó a paralizar el parto, el tratamiento de oxitocina al que llevaba horas sometida y a que se le aumentara la anestesia epidural que ya había recibido, a fin de evitarle y/o mitigar los dolores que le aquejaban. Una vez realizado el ejercicio tantas veces mencionado, se reanudó el tratamiento que estaba recibiendo la hoy apelada quien, felizmente, alumbró una niña. Tras recuperarse mínimamente de dicho parto, en concreto a los 5 días de tener lugar el mismo (esto es el día 9 de Octubre de 2014), la Sra. Adolfina presentó un escrito ante el Servicio Madrileño de la Salud en el que, más allá de los concretos términos empleados en el mismo, venía a interesar que se decretara la nulidad del ejercicio/examen de la Fase de Oposición que había realizado el día 4 de Octubre de 2014. La Administración hoy apelante, incumpliendo de manera palmaria la obligación de resolver que a la misma imponía el entonces vigente artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, no tuvo a bien contestar al antedicho escrito, razón por la que la hoy apelada formuló una nueva solicitud, en prácticamente los mismos términos que la precedente, el día 13 de Abril de 2015, instancia que, reiterando la falta en el cumplimiento de la obligación descrita, volvió a merecer la absoluta pasividad y el silencio de Administración hoy apelante. Es a estos hechos a los que da respuesta la Sentencia apelada, hechos que por otra parte no discute en su realidad la parte apelante, concluyendo en la nulidad radical del ejercicio que llevó a cabo la Sra. Adolfina el día 4 de Octubre de 2014. Y la respuesta ofrecida en la Instancia no puede sino confirmarse pues, ciertamente, la decisión del Tribunal de Selección actuante en el proceso selectivo de referencia, y en el caso concreto de la recurrente en la Instancia, conminando a la misma a la realización de un ejercicio, bajo pena de tenerle por decaída en el mismo, en las concretas y muy particulares circunstancias físicas y psíquicas en que se encontraba, no sólo es que repugne el más mínimo sentido común, o supusiera una mayúscula carencia de la más mínima sensibilidad, que también, sino que es de imposible comprensión desde parámetros de razonabilidad, lo que impone que no pueda, en ningún caso, entenderse amparada por el derecho, en la medida en que el mismo no puede servir de cobertura para amparar y/o justificar decisiones conducentes al absurdo. En efecto, la solución que había de darse al litigio no podía ser otra que la ofrecida, certeramente, por el Juzgador "a quo" pues no debe olvidarse, como se hace por la Administración apelante, que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2014 (casación 4371/2012) entre innumerables otras, el artículo 23.2 de nuestra Magna y la prohibición Constitucional de discriminación por razón de sexo que la propia Constitución contempla en su artículo 14 se proyectan sobre la **maternidad**, también protegida por el Texto Fundamental en artículo 39.2 y expresamente tutelada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como por las previsiones del artículo 61.1 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (hoy del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Nuestro Tribunal Constitucional, además, se ha manifestado en reiteradas ocasiones respecto a lo contrario a nuestra Lex Prima de los tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la perjudicada por ellos, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de una persona conexión directa e inequívoca; sucediendo ello con el embarazo que es un elemento diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva en las mujeres. Así se pronuncia el Tribunal Constitucional en las Sentencias 173/1994 de 7 de Junio, 240/1999 de 20 de Diciembre y 20/2001 de 29 de Enero, considerando discriminatorios, y por tanto contrarios al artículo 14 de la Constitución, distintos supuestos cuyo denominador común es el embarazo y en los que la mujer, por encontrarse en ese estado, fue sujeto de un tratamiento para peor. Esta solución y por extensión también será la aplicación al parto en tanto que el mismo es consecuencia natural del embarazo. Como ya avanzamos, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, en sus artículos 3 y 4 sanciona ese principio proscribiendo las discriminaciones directas o las indirectas derivadas de la **maternidad**, debiendo observarse el mismo obligadamente en la interpretación de todas las normas jurídicas. El artículo 5 de esta Ley Orgánica 7/2007 prescribe que: "El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las **prestaciones** concedidas por las mismas". Por su parte el artículo 8 del propio Cuerpo Legal establece que: "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la **maternidad**", añadiendo el artículo 10 que "Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo



se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias". A la luz de la normativa descrita, así como de la doctrina Jurisprudencial expuesta, estimamos que la decisión del Tribunal de Selección actuante, así como la desestimación de la legítima solicitud de nulidad del ejercicio que había formulado la Sra. Adolfina el 9 de Octubre de 2014, adolecían de un vicio de nulidad absoluta, en definitiva de una irregularidad invalidante, pues efectuaron una incorrecta interpretación, (por manifiestamente desproporcionada), de las Bases de la Convocatoria que se hicieron públicas con la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de la Salud, de 30 de Agosto de 2012 (B.O.C.M. nº 216, de 10 de Septiembre Próximo siguiente), por la que se convocó proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la Categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, en concreto de su Base Sexta, apartado 6.2.1, obviando que la Base Quinta, apartado 5.10, autorizaba al Tribunal de Selección actuante a resolver cuantas dudas pudieran plantearse y a adoptar los acuerdos que garantizaran el adecuado desarrollo de la convocatoria, en todos lo previsto por las bases y normativa aplicable. En el caso concreto al Tribunal Calificador se le presentó una solicitud dirigida a restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia del parto había alterado en perjuicio de D<sup>a</sup>. Adolfina . Es decir, una circunstancia específica que solamente concurre en la mujer que está a punto de dar a luz, la cual por ese solo hecho, y en las concretas circunstancias físicas y psíquicas que se encontraba y que ya hemos descrito, veía impedida su normal participación en el proceso selectivo. No se trataba de que la apelada sufriera una enfermedad, pues el embarazo y el parto no lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión. Dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor, ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado, pero la singularidad del caso venía dada porque, como ya avanzamos, la misma, el día y a la hora de señalamiento para la realización del ejercicio, se hallaba en el paritorio del Hospital en que estaba ingresada, administrándosele Oxitocina y sueros, con 8 centímetros de dilatación y monitorización fetal interna, al tiempo que se le había administrado ya anestesia epidural. Ante esta concreta situación la solución adoptada, de conminar a la apelada a llevar a cabo el ejercicio en cuestión, fue, insistimos, radicalmente nula y contraria a derecho. Las Bases de la convocatoria aplicables permitían al Tribunal de Selección actuante buscar la forma y manera de acoger y hacer efectivos los derechos que indudablemente ostentaba la recurrente en la Instancia, como podía haber sido aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que se invocara. Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que declara que sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, su interpretación y aplicacio#n debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 de la Constitución y, en consecuencia, debera# ser rechazada cualquier aplicacio#n de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto Constitucional. Y esta clase de resultado es de apreciar cuando la estricta aplicacio#n de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión [cfr. Sentencias de 6 de Julio de 2012 (casación 1351/2011 ), 17 de Junio de 2011 (casación 2724/2009 ), así# como en las de 20 y 27 de Mayo de 2011 ( casación 712/2009 y 1719/2007 respectivamente ) y las que en ella se citan; 10 de Junio de 2009 (casación 3244/2006 ) y 18 de febrero de 2009 (casación 8926/2004 )]. De esta forma, la aplicacio#n de las bases de la convocatoria que pretende el letrado de la Comunidad de Madrid no se acomoda a dicha doctrina y como la apelada se encontraba impedida en el caso concreto, debido a la situación en que se encontraba que lógicamente afectaba de manera decisiva e indudable a su capacidad física y psíquica, hemos de compartir plenamente los razonamientos de la Sentencia apelada así# como la solución alcanzada, por lo demás, plenamente respetuosa con los derechos de los aspirantes que concurrieron al acto del llamamiento y realizaron el ejercicio de la fase de oposición que se les propuso.

**SÉPTIMO:** Para finalizar conviene aclarar, a fin de dar respuesta a las alegaciones que al respecto se realizan en el escrito de interposición del recurso de apelación que nos ocupa, que no se puede negar que supusiera una complicación real el haber acordado un aplazamiento del ejercicio que debía llevar a cabo la Sra. Adolfina , pues ello hubiera supuesto la necesidad de formular o proponer a la misma un cuestionario distinto (de similares características y dificultad), pero tampoco se puede ignorar que en convocatorias de pruebas que, por sus características, se extienden a lo largo de un período de tiempo prolongado, no es necesariamente disfuncional atender, cuando es posible y necesario hacerlo sin extenderlo más allá de lo previsto, solicitudes de aplazamiento justificadas y obligadas como era la del caso analizado. Entendemos verdaderamente chocante que se llegue a afirmar que la Sentencia infringe el principio de igualdad ante la circunstancia de que otorga una ventaja a la apelada, al existir el mismo día del examen otras doce personas ingresadas en



espera de parto. Desconocemos la realidad de la situación de estas mujeres, pero desde luego si su situación resultara equiparable a la de la hoy apelada la solución que debería darse a las mismas es idéntica a la ofrecida en la Instancia, y confirmada en esta apelación, y la eventualidad de que estas aspirantes en identidad de circunstancias no hubieran optado por cuestionar las resoluciones que en su caso se dictaran, perdiendo o renunciando a sus derechos al no haber recurrido por considerar aplicable la Base a que alude la dirección letrada del Servicio Madrileño de la Salud, no justifica en ningún caso una pretensión como la esgrimida. Se trataría, con esta alegación, de cuestionar la vertiente del principio de igualdad en la aplicación de la ley efectuada por el Juzgador de Instancia, lo que implica, por decirlo ahora de manera resumida, que la norma sea interpretada del mismo modo en todos los casos y nada que ver con ello tiene la hipótesis - que no es sino un puro ejercicio teórico - de la eventual actitud de aquietamiento o la pasividad de otras interesadas con la decisión de ser excluidas en el proceso selectivo como consecuencia de la situación concreta en que se les conminó a realizar el ejercicio de la Fase de oposición, que impida, por aplicación del principio de igualdad y protección de la **maternidad**, acudir a la Jurisdicción a reclamar el derecho. Es por todo ello, en consecuencia, por lo que en unión a lo expuesto en los Fundamentos precedentes, procede desestimar el recurso de apelación analizado, confirmando con ello la Sentencia que ha sido objeto del mismo.

**OCTAVO:** De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante pues sus pretensiones ha sido totalmente desestimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su no imposición. Esta imposición de costas, además, resultaría obligada en consideración a argumentos que exceden del propio criterio del vencimiento a que alude el precepto de referencia y es que, en opinión de la Sección, es claramente apreciable la concurrencia de temeridad en el caso analizado y ello porque existe temeridad cuando se sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es o cuando se hubiera podido saber indagando con más diligencia los fundamentos de la pretensión. En el supuesto de autos, a nuestro parecer, resulta claro que la oposición mantenida por el Servicio Madrileño de la Salud a la legítima pretensión ejercitada por la hoy apelada, tanto en vía administrativa como en sede Jurisdiccional, es cuando menos temeraria, por manifiestamente infundada, pues deniega el reconocimiento de una solicitud sin base fáctica ni jurídica mínimamente razonable obligando, con esta actitud, a la afectada a seguir un proceso judicial, largo y costoso, que bien pudiera haberse evitado de actuarse con la mínima diligencia exigible máxime cuando en el mismo la Administración hoy apelante nada nuevo aporta en su posición procesal que justifique la solución que adoptó. Es por ello por lo que ha de concluirse que la imposición de las costas a la Administración apelante en el supuesto de autos está, a nuestro juicio, justificada más allá del estricto criterio del vencimiento objetivo. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3 del propio artículo 139 de la Ley 29/1998 , esta imposición de costas se efectúa hasta un máximo de 1.500 Euros por todos los conceptos comprendidos en ellas, atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, a la actividad procesal desplegada por las partes intervinientes, y a la dedicación requerida para su desempeño.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Letrado D. Luis Jesús García Redondo, en nombre y representación del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD (SERMAS), contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de Octubre de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 452/2015, la cual, por ser ajustada a derecho, confirmamos; Y todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta apelación a la parte apelante, hasta un máximo de 1.500 Euros, por todos los conceptos comprendidos en ellas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma **cabe** interponer **Recurso de Casación** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio , el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los requisitos especificados en el artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio , en la redacción que del mismo efectúa la citada Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada su firmeza remítase certificación de la misma, junto con los Autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la



resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente Rollo.

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

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Santiago de Andrés Fuentes, hallándose celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ