

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2016/0024388



(01) 31790102585

Procedimiento Ordinario 808/2016 X – 03

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 808/2016

SENTENCIA N° 542/2018

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Botella García Lastra

Magistrados:

D^a M.^a Jesús Vegas Torres

D^a María del Pilar García Ruiz

En la Villa de Madrid a 25 de octubre de 2018.

Vistos por la Sala constituida por los Señores referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 808/2016, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don FRANCISCO PER, contra la resolución de 18 de octubre de 2016 por la que se desestimó el recurso de alzada presentado contra la Resolución n° 452/38118/2016, de 8 de agosto, de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de 7 de junio de 2016 por la que se publica la relación definitiva de aspirantes propuestos para ser nombrados alumnos para el ingreso directo en los centros docentes militares de

formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina y a la Escala Superior de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales, *“se dicte sentencia por la que se reconozca nula y contraria a derecho la resolución recurrida, revocando, por tanto, las calificaciones emitidas por la Junta de Reconocimiento y el Tribunal Médico Militar de Apelación calificando a mi representado como "NO APTO" en el proceso selectivo para el ingreso en los centros docentes militares de formación, por la forma de acceso directo, sin titulación universitaria previa, para la incorporación como militar de carrera en las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, así como a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil publicado mediante Resolución 452/38062/2016, de 17 de mayo, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa (BOD núm.123 de 21 de mayo de 2016), y dicte Sentencia por la que se restituya a mi representado a su estado natural de derecho y se le reconozca la calificación de APTO en el mentado proceso selectivo, de manera que pueda ingresar como alumno en el centro docente militar de formación que le hubiese correspondido según la normativa aplicable.”*

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda al Sr. Abogado del Estado, para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de esta, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

TERCERO.- Que, una vez ultimada la fase de prueba con el resultado que obra en autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, se para la votación y fallo del presente recurso el día 18 de abril del año en curso. Dicho señalamiento fue suspendido por providencia de la misma fecha para la práctica de diligencia final, practicada la cual y, previo traslado a las partes para alegaciones se señaló nuevamente para deliberación, votación y fallo la audiencia del día 24 de octubre del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se promueve este recurso contencioso-administrativo por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don FRANCISCO PER, contra la resolución de 18 de octubre de 2016 por la que se desestimó el recurso de alzada presentado contra la Resolución n^o 452/38118/2016, de 8 de agosto, por la que se publica de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de 7 de junio de 2016 por la que se publica la relación definitiva de aspirantes propuestos para ser nombrados alumnos para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina y a la Escala Superior de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil.

El recurrente fue excluido del citado proceso selectivo al no resultar apto en el reconocimiento médico al concurrir la causa prevista en el apartado F-7 del Cuadro Médico de Exclusiones contenido en la Orden PRE/2622/2007, por haber quedado acreditado que padece agenesia pericárdica izquierda.

SEGUNDO.- Disconforme con las resoluciones impugnadas, denuncia la parte actora la vulneración de las Bases que figuran en el Anexo de la Resolución 452/38062/2916, por la que convocaron los procesos de selección para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina y a la Escala Superior de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil. Así como de los artículos 12, 23.2 y 103 de la Constitución. Afirma que no concurre la causa de exclusión apreciada por la Administración y que así lo avala el informe médico emitido por el doctor D. Antonio Hernando Lorenzo que sienta las siguientes conclusiones:

“3. En el caso concreto del aspirante, se trata de una alteración anatómica, -agenesia completa de pericardio izquierdo-, cuyo curso clínico (en base a la bibliografía médica consultada), es benigno, con buen pronóstico, dándose la circunstancia de que el aspirante ha realizado hasta la actualidad y por periodos de tiempo muy prolongados, actividad física intensa, en deporte de competición (baloncesto), así con pruebas físicas para aptitud y realización de un curso de socorrismo, primeros auxilios y salvamento acuático, con altos requerimientos de respuesta fisiológica de diversos órganos, aparatos y sistemas corporales (sistema músculo-esquelético, aparato respiratorio, sistema cardiovascular, sistema nervioso, etc., habiéndose recomendado por los médicos especialistas que han seguido el curso del paciente, que realice actividad física y vida normal.

4.- Dicha alteración anatómica, que es un hallazgo tras realización de pruebas de imagen, es compatible con el servicio militar activo, en base a los criterios de sus médicos asistenciales y por las recomendaciones anteriormente citados, habiendo pasado en dos ocasiones, y con buenos registros, las pruebas físicas para el ingreso en centros de formación militar.

5.- Las situaciones indicadas en el Anexo del cuadro médico de exclusiones (Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, que modifica la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para ingreso en los centros militares de formación, no serían de aplicación al aspirante, ya que, como se ha indicado, su situación no impide la realización de pruebas físicas, no se prevé una incapacidad para realizar los periodos de formación adecuadamente, ni se prevé que en el futuro sea motivo de incapacidad psicofísica permanente.”

TERCERO.- El Abogado del Estado se opone a la demanda y recuerda que las convocatorias y sus bases constituyen la ley que regula el proceso selectivo y vinculan tanto a la Administración como a los órganos de selección que han de juzgar las pruebas y al interesado que participen en ellas. Añade, con cita, entre otras, de las Sentencia 93/2015, de 20 de febrero, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que a la hora de dilucidar si un recurrente es apto para desarrollar las funciones propias de su puesto de trabajo han de prevalecer los informes del órgano médico oficial por la imparcialidad de quienes lo elaboraron, objetividad de sus datos y completa fiabilidad de sus conclusiones y que el diagnóstico emitido por el perito de parte no puede desvirtuar tales conclusiones. Y subraya que los Tribunales Médicos de la Administración gozan de discrecionalidad técnica en sus apreciaciones y que únicamente pueden quedar desvirtuados por motivos técnicos, mediante prueba pericial practicada en sede jurisdiccional con todas las garantías (excluidos los informes médicos aportados por la parte, que carecen de la naturaleza de prueba pericial), lo que no sucede en el caso examinado.

Y para terminar concluye afirmando que todos los informes médicos obrantes en autos confirman que el recurrente sufre una agenesia pericárdica izquierda, lo que supone un desplazamiento del corazón hacia la izquierda y que por tanto, su declaración como “no apto” por encontrarse incluido en la causa de exclusión F.7 debe ser confirmada.

CUARTO.- El tema objeto de debate se centra en examinar la conformidad o no a Derecho de las resoluciones impugnadas, que en aplicación de lo dispuesto en la base décima punto 2.2.3 de la Resolución 452/38062/2016, de 117 de mayo, que establece “Se aplicará el cuadro médico de exclusiones aprobado por Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo...” declararon al interesado NO Apto en el proceso selectivo al que concurría por no haber superado el examen médico debido a la causa descrita en el punto F.7 del citado cuadro médico Dicho epígrafe se refiere a que se refiere a “alteraciones congénitas o adquiridas de corazón, mediastino, arterias o venas o secuelas de las mismas que alteren o puedan alterar en su evolución la normalidad funcional del apartado respiratorio”. En los informes médicos realizados durante el proceso selectivo se consideró que el interesado padece una agenesia pericárdica izquierda.

QUINTO.- Conviene recordar que la calificación realizada por los Tribunales Médicos de la Administración constituye una manifestación de la llamada "discrecionalidad técnica". El Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia 34/1.995, de 6 de febrero, ha reiterado la legitimidad de la llamada "discrecionalidad técnica" de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentra la plenitud del conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Presunción "iuris tantum" que puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del poder razonable.

Por otra parte es preciso destacar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de Abril de 2015 (casación 1454/2014), reiterando lo que previamente había manifestado en Sentencia de 26 de Enero de 2015 (recurso de casación 3053/2013), ya reseñó que las causas de exclusión -como ya había apuntado el propio Alto Tribunal en la Sentencia de 24 de Septiembre de 2009 (recurso de casación 1309/2008)-, han de considerarse en función de si efectivamente, inhabilitan, menoscaban o dificultan el ejercicio de los cometidos propios de cada Cuerpo ya que la declaración de méritos y capacidades que deban ser tomados en consideración "no pueden tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable".

SEXTO.- En el caso que examinamos, el recurrente, como ya hemos referido, fue finalmente declarado NO APTO en el proceso de selección por la Junta de Reconocimientos y posteriormente por el Tribunal Médico de Apelación, presentar patología compatible con el apartado F.7 del Cuadro Médico de Exclusiones de la Convocatoria.

Por su parte, el interesado había aportado con la demanda un informe emitido por los doctores D. Juan Miguel Wilhelmi Ayza y D. Antonio Hernando Lorenzo (folios 138 a 145), en el que se concluye que *“Las situaciones indicadas en el Anexo del cuadro médico de exclusiones (Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, que modifica la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para ingreso en los centros militares de formación), no serían de aplicación al aspirante, ya que, como se ha indicado, su situación no impide la realización de pruebas físicas, no se prevé*

una incapacidad para realizar los periodos de formación adecuadamente, ni se prevé que en el futuro sea motivo de incapacidad psicofísica permanente.”

Así las cosas, dada la contradicciones entre los informes obrantes en las actuaciones y para esclarecer si la agenesia pericárdica izquierda es o no incardinable en la acusación F.7, la Sala acordó como diligencia final la práctica de la prueba pericial judicial solicitada por la parte recurrente en su escrito de demanda con el objeto de determinar las condiciones físicas y médicas de D. FRANCISCO PER y, en concreto, si padece enfermedad o patología incardinable en el apartado 7.F del cuadro médico de exclusiones aprobado por Orden PRE/2622/2007 y, en caso afirmativo, si concurre alguna de las situaciones previstas en el Anexo 1 de dicho cuadro de exclusiones, resultado designado Don. Carlos Suzacq Fiser, médico cardiólogo, que ha emitido el correspondiente informe.

Pues bien, el citado informe, efectúa consideraciones médicas sobre el pericardio y la agenesia de pericardio, su etiología, clínica y diagnóstico. Transcribe la causa de exclusión recogida en el apartado F.7 y tras reconocer al recurrente, sienta las siguientes conclusiones:

“D. FRANCISCO PER no padece enfermedad o patología incardinable en el apartado F 7 del cuadro Médico de Exclusiones aprobado por orden pre 2622/2007, ni concurre ninguna de las situaciones previstas en el Anexo 1 de dicho Cuadro de Exclusiones.

No padece miocardiopatía ni enfermedad del pericardio.

Sí es portador de una anomalía congénita, llamada agenesia total de pericardio izquierdo, que le permite, a nuestro criterio, y de acuerdo con la bibliografía consultada, y al de los Cardiólogos que le han estudiado en la Sanidad Pública, realizar una vida activa sin ninguna restricción física.

La anomalía que presenta no le impide llevar una vida activa, no imposibilita la realización de las pruebas físicas en los plazos prefijados, no le incapacita para realizar los periodos de formación adecuadamente, ni se prevé que en el futuro sea un motivo de incapacidad psicofísica permanente.”

SÉPTIMO.- Así las cosas, valorados los informes obrantes en las actuaciones podemos afirmar que, en el caso que examinamos, ha quedado desvirtuada, de forma razonada y fundamentada, la presunción de acierto y veracidad del de las conclusiones alcanzadas por los médicos militares.

De este modo, la Sala concluye que no puede ser excluido el recurrente del proceso selectivo y el recurso debe ser estimado si bien en parte, declarando APTO al recurrente en esta concreta prueba, y continuando por tanto el proceso selectivo correspondiente a la convocatoria en la que tomó parte. La aptitud para ingreso en los centros docentes de Formación que se postula dependerá de la totalidad de la pruebas, y la Sentencia solo puede declarar que tiene derecho a ser considerado APTO en el Examen médico, y por tanto, a continuar el proceso correspondiente, valorando la totalidad de las practicadas y en su caso, continuando el proceso selectivo con las fases siguientes.

OCTAVO.– No procede hacer especial declaración sobre costas, dado que la estimación del recurso es parcial, tal como establece el párrafo segundo apartado primero del art. 139.1 de la LJCA.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana de la Corte Macías, en nombre y representación de Don FRANCISCO PER, contra la resolución de 18 de octubre de 2016 por la que se desestimó el recurso de alzada presentado contra la Resolución nº 452/38118/2016, de 8 de agosto, de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de 7 de junio de 2016 por la que se publica la relación definitiva de aspirantes propuestos para ser nombrados alumnos para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y del Cuerpo de Infantería de Marina y a la Escala Superior de oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil, anulamos la misma en cuanto a de declaración de “No Apto” del recurrente en la prueba de reconocimiento médico, reconociendo su derecho a ser declarado APTO en dicha prueba, y continuar el proceso selectivo correspondiente, con el resultado que proceda. No se hace especial declaración sobre costas.

Notifíquese en legal forma. Contra la presente Sentencia cabe recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 LJCA, con justificación expresa del interés casacional objetivo que revista.

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

Fdo.: Rafael Botella y García-Lastra

Fdo.: María Jesús Vegas Torres

Fdo.: María del Pilar García Ruiz

PUBLICACION: En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.