

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Recurso número 0000

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: Don _____

Procurador: Don José Javier Freixa Hiruela

Demandado: Ministerio de Defensa . Abogado del Estado

SENTENCIA nº 000

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Enrique Gabaldón Codesido

En la ciudad de Madrid, a 11 de noviembre del año 2020, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador Don José Javier Freixa Hiruela, actuando en representación de Don _____, contra la Resolución de fecha 24 de octubre de 2019 del Subsecretario de Defensa desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Órgano de Selección del Proceso Selectivo de Acceso por Promoción a la Escala de Suboficiales de fecha de 30 julio de 2019, por la que se hacen públicos los resultados del reconocimiento médico, contra la Resolución del Órgano de Selección del Proceso Selectivo de Acceso por Promoción a la Escala de Suboficiales, de fecha 9 de agosto de 2019, por el que se hacen públicos los resultados del Tribunal Médico Militar de Apelación, y contra la Resolución del Órgano de Selección de fecha 12 de agosto de 2019, por la que se publican las calificaciones finales del Proceso Selectivo, en las que no constaba incluido el

recurrente por haber sido declarado “no apto “ en la prueba de reconocimiento médico.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

SEGUNDO. - El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO. - Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de noviembre del año 2020.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Objeto de la reclamación. -

Don _____ impugna en esta vía jurisdiccional la desestimación ,por resolución de 24 de octubre de 2019 del Subsecretario de Defensa, del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Órgano de Selección del Proceso Selectivo de Acceso por Promoción a la Escala de Suboficiales de fecha de 30 julio de 2019, por la que se hacen públicos los resultados del reconocimiento médico, contra la Resolución del Órgano de Selección del Proceso Selectivo de Acceso por Promoción a la Escala de Suboficiales, de fecha 9 de agosto de 2019, por el que se hacen públicos los resultados del Tribunal Médico Militar de Apelación, y contra la Resolución del Órgano de Selección de fecha 12 de agosto de 2019, por la que se publican las

calificaciones finales del Proceso Selectivo, en las que no constaba incluido el recurrente por haber resultado “no apto “ en la prueba de reconocimiento médico.

SEGUNDO. - Antecedentes de interés que se desprenden del expediente administrativo y causa de la exclusión.

El recurrente es militar profesional en activo (soldado) y participó en el proceso selectivo para el acceso por promoción a la Escala de Suboficiales del Ejército del Aire, resultando apto en la primera prueba (perfil lingüístico) así como en la prueba de psicología y en las pruebas físicas, al haberle sido convalidadas ambas pruebas, siendo declarado apto asimismo en el Ejercicio de Matemáticas y de Física de la Prueba de Conocimientos y declarado “no apto” en el reconocimiento médico por estar incurso en la causa de exclusión del punto 5 del apartado K de la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación ,aplicable según lo dispuesto en el punto 2.3.3 de la base décima de la Convocatoria, que establece como causa de exclusión: "Linfomas. Mielomas." Siendo el motivo de la exclusión que el Hospital Central de la Defensa , en el reconocimiento médico realizado dictaminó: "*Linfoma de Hodgkin, predominio linfocítico tratado y en remisión completa. Finalizó tratamiento en noviembre de 2018. Al inicio, estadio III.A. Dado el corto tiempo transcurrido no se puede descartar una recidiva en los próximos años (3-4 años)*".

TERCERO. - Los términos de la controversia: alegaciones del recurrente en la demanda y del Abogado del Estado en la contestación.

El recurrente alega que si bien es cierto que en el pasado tuvo un linfoma, tras ser sometido al tratamiento habitual, recibir ciclos ABVD, que finalizaron en septiembre del 2018 , se encuentra en remisión completa , como recoge el informe del presidente del tribunal Médico de Apelación de fecha 11/09/2019, no recibiendo tratamiento en la actualidad, por lo que tiene un pronóstico de vida similar al de la población normal, no habiendo presentado secuelas de ningún tipo del tratamiento recibido, por lo que considera que su exclusión en la prueba de reconocimiento

médico es errónea, al no encontrarse incurso en ninguna de las causas de exclusión reguladas en la Orden PCI/6/2019, y en concreto, en el apartado K, al no evidenciarse linfoma en el momento actual, insistiendo en que en el momento del reconocimiento médico había finalizado el tratamiento en septiembre de 2018 al haber alcanzado la remisión metabólica completa, manteniéndose desde entonces en seguimiento (revisiones periódicas), pero asintomático y libre de enfermedad, no presentando limitación alguna que le impida, o dificulte gravemente su labor como militar, como así lo acredita el hecho de que en la actualidad es militar profesional en activo y en situación de alta para el servicio, desarrollando funciones con muchísimos más requerimientos físicos que la especialidad a la que concurriría, adjuntando a la demanda los siguientes informes emitidos por Especialistas en Hematología y Hemoterapia:

INFORME MÉDICO Nº1: Informe médico emitido por la Dra. _____, Especialista en Hematología y Hemoterapia, de fecha 23 de julio de 2019, el cual refiere: *“No realiza tratamiento habitual. Diagnosticado de Linfoma de Hodgkin precominio linfocítico nodular estadio IIIA (afectación adenopática supra e infradiafragmática y parotídea derecha) que alcanza remisión metabólica completa tras 3 ciclos ABVD x 3 que se confirma tras 6º ciclo que finaliza en septiembre de 2018 mediante PET-TAC que se realiza en noviembre de 2018. Situación actual: REMISIÓN COMPLETA. No evidencia de linfoma en el momento actual. Prescripción: Desde el punto de vista de hematología, no precisa ningún tratamiento en el momento actual. Precisa revisiones periódicas en consulta de hematología. El paciente está capacitado para cualquier tipo de actividad física incluidas las de mayor esfuerzo.”*

INFORME MÉDICO Nº2: INFORME PERICIAL emitido por el Dr. _____, Perito Oficial Colegio Médicos Madrid, NºCol. 2828-23804, Especialista en Hematología y Hemoterapia, Jefe de Servicio de Hematología y Hemoterapia en el Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés, de fecha 9 de diciembre de 2019, el cual concluye que:

1.-D. _____ ha sido tratado de un Linfoma de Hodgkin, variedad predominio linfocítico nodular, con una buena respuesta al tratamiento, consiguiendo una remisión completa que mantiene en la actualidad y no presenta secuelas.

2. *El pronóstico de su enfermedad es muy bueno, no se prevén recidivas y su expectativa de supervivencia es cercana o similar a la población general.*

3. *D. _____ no presenta ninguna patología que le pueda limitar el desarrollo de una vida profesional normal y por tanto, no tiene limitación alguna para el desarrollo de ninguna de sus funciones como militar.*

4. *Resulta improcedente la exclusión del D. _____, de la Convocatoria anunciada por Resolución de 7 de mayo del 2019 en virtud del apartado k, punto 5, de la la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, al encontrarse en estado de remisión completa el linfoma que padeció en el pasado y no padecer el mismo ningún tipo de limitación para su servicio como militar.*

5. *No resulta previsible la existencia de recaída, dado el estado actual de recuperación del evaluado.*

6. *La resolución, además de lo anterior, es contraria al objetivo social de la lucha contra el cáncer que se debe intentar conseguir la plena reinserción social y laboral de los pacientes sobrevivientes a un cáncer.”*

Considera el recurrente que pese a 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, la 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, es una presunción iuris tantum que puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano calificador, siendo así que en el caso que nos ocupa, el órgano encargado del reconocimiento médico, ha incurrido, por todo lo anteriormente evidenciado, en error a la hora de efectuar su informe sobre la falta aptitud del recurrente para su ascenso a la Escala de Suboficiales.

Cita y transcribe diversas Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Contencioso Administrativo de varios TSJ incluido éste, según las cuales es criterio que las causas de exclusión han de considerarse en función de si el estado de salud del

recurrente le permite o no el desarrollo de la totalidad de las funciones propias del cuerpo en el que pretende ingresar, comprobación que es imprescindible.

Y termina solicitando en el suplico de la demanda el dictado de una Sentencia por la que se anule la Resolución recurrida y se le declare Apto en la prueba de reconocimiento médico de la Convocatoria publicada por Resolución 452/07227/19, de 7 de mayo, de la Subsecretaría de Defensa (BOD Núm. 93 de 14 de mayo de 2019), por la que se convocan los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación mediante la forma de ingreso por promoción para cambio de escala, con y sin exigencia de titulación de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, con todos los pronunciamientos económicos y administrativos añadidos y con condena en costas de la demandada.

El Abogado del Estado se opone a las pretensiones del recurrente en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que los dictámenes emitidos por los tribunales médico de procesos selectivos poseen una indudable fuerza de convicción dada la garantía que ofrecen sus conocimientos científicos y la objetividad de su nombramiento, por lo que gozan de presunción iuris tantum de acierto, sin que se haya desvirtuado por la parte demandante tal acierto de su valoración médica.

CUARTO. - El recurso contencioso administrativo debe de ser estimado por las razones que a continuación se expresan.

En relación con la posibilidad del control de la discrecionalidad de las apreciaciones técnicas realizadas por los tribunales médicos de procesos selectivos las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 (recurso de casación 2488/2007), con cita de las de 20 de julio de 2007 (RC 9184/2004), 9 de diciembre de 2008 (RC 11454/2004), 17 de junio de 2009 (RC 6755/2005), 18 de enero de 2010 (RC 4204/2006), 14 de junio de 2010 (RC 5649/2007), 26 de enero de 2015 (RC 3053/2013) y 7 de abril de 2015 (RC 1454/2014), en casos de

exclusiones de aspirantes a policías, ha declarado que en estos supuestos cabe el control de la discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos calificadoros, el cual tiene como uno de sus límites la observancia del mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución), cuyo reverso positivo es ajustar la actuación administrativa a pautas de racionalidad que sean claramente visibles sin necesidad de los saberes especializados que acotan esa discrecionalidad técnica, permitiendo la revisión de las decisiones de los tribunales calificadoros en virtud de pruebas periciales practicadas en el proceso.

Asimismo el Tribunal Supremo (Sección 7) tiene declarado , entre otras en Sentencias de 26 de enero de 2015, 17 de febrero de 2014 y 24 de septiembre de 2009, que la sola detección de una causa de exclusión no obliga a la Administración a excluir del proceso selectivo al afectado sin atender a su gravedad y a su incidencia en el desempeño de la función correspondiente a las plazas del cuerpo en que pretende ingresar, no pudiendo imponerse requisitos para acceder a la función pública que no sean referibles a los principios de mérito y capacidad, corroborando que ha de atenderse a la entidad real de la afección para tener por no apto a un aspirante y, en concreto, si afecta o no al desempeño de las funciones.

En el caso presente, de los informes médicos aportados por la actora, así como del propio informe del Tribunal Médico Militar resulta que el recurrente fue diagnosticado de un Linfoma de Hodgkin predominio linfocítico, que fue tratado, habiendo finalizado su tratamiento con éxito en septiembre de 2018 alcanzando la remisión metabólica completa lo que se confirmó mediante PET-TAC realizado en noviembre de 2018 , no evidenciando ya linfoma , sin precisar tratamiento , no teniendo secuelas y siguiendo revisiones periódicas en consulta de hematología (no evidenciando enfermedad la revisión de 04/06/2019 según informe de la Dra. Pradillo) y estando capacitado – según los informes aportados por la actora- para cualquier tipo de actividad física incluidas las de mayor esfuerzo y para el desarrollo de una vida profesional normal sin limitación alguna para el desarrollo de ninguna de sus funciones como militar.

Por lo que no queda acreditado que el recurrente padezca una patología que le limite o incapacite para su incorporación como militar de carrera a la Escala de Suboficiales.

De hecho, el Tribunal Médico Militar no declaró al recurrente no apto en la prueba de reconocimiento médico por la existencia del linfoma ni porque el recurrente estuviera incapacitado para la realización de las funciones de la Escala a la que pretende acceder sino por la posibilidad de recidiva por cuanto que según informó el Teniente Coronel, Jefe del Servicio de Hematología del Hospital Central de la Defensa, al que el TMMA solicitó valoración “ *aunque el pronóstico es bueno , la posibilidad de recaídas existe en los 3-6 años tras el diagnóstico, según informó el citado especialista (10-15%)*” .

Pues bien , teniendo en cuenta todo lo razonado, esta Sala considera que la declaración del recurrente como no apto en la prueba de reconocimiento médico ante la baja posibilidad de una recidiva de la enfermedad (tal lo es la del 10-15%) cuando ha superado las demás pruebas del proceso selectivo y está plenamente capacitado para la realización de cualquier tipo de actividad física incluidas las de mayor esfuerzo y para el desarrollo de una vida profesional normal sin limitación alguna para el desarrollo de ninguna de sus funciones como militar, máxime cuando ya es militar profesional en activo y en situación de alta para el servicio (hecho éste que nunca se ha negado por la Administración) , es una decisión que vulnera los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública , y de proporcionalidad , lo que ha de conllevar la revocación de la Resolución recurrida.

QUINTO. - Modo de ejecución de la sentencia.

La estimación anunciada del presente recurso justifica nos detengamos, siquiera sea brevemente, en considerar los concretos efectos que la misma debe producir, siendo el primero de ellos, el de que se declare al recurrente Apto en la prueba de reconocimiento médico , y , a continuación, sea calificado de forma definitiva asignándole la nota correspondiente obtenida en el proceso selectivo y si ésta fuera suficiente para la obtención de plaza se le asigne la que le corresponda

en los centros docentes militares de formación, y si superara tal fase de formación sea nombrado Suboficial escalafonándosele en el puesto que le hubiera correspondido en la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, con la misma antigüedad y resto de efectos administrativos que los obtenidos por quienes superaron esta convocatoria, debiendo de practicarse, en su momento, la oportuna liquidación de haberes entre los que tendría derecho a haber percibido y los percibidos.

SEXTO. - Al apreciar que el asunto presentaba dudas de hecho que han sido esclarecidas en esta Sentencia, no procede hacer condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

1º. Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Don José Javier Freixa Hiruela, actuando en representación de Don _____, contra la Resolución de fecha 24 de octubre de 2019 del Subsecretario de Defensa reseñada en el primer fundamento de esta Sentencia, Resolución que anulamos por no ser conforme a derecho.

2º. Reconocer a Don _____ el derecho a ser declarado Apto en la prueba de reconocimiento médico, y, a continuación, ser calificado de forma definitiva asignándole la nota correspondiente obtenida en el proceso selectivo y si ésta fuera suficiente para la obtención de plaza se le asigne la que corresponda en los centros docentes militares de formación, y si superara tal fase de formación sea nombrado Suboficial escalafonándosele en el puesto que le hubiera correspondido en la promoción saliente de la convocatoria en la que participó, con la misma antigüedad y resto de efectos administrativos que los obtenidos por quienes superaron esta convocatoria, debiendo de practicarse, en su momento, la oportuna liquidación de haberes entre los que tendría derecho a haber percibido y los percibidos.

3º. No hacemos imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de 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 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581- 0000-93-0997-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-93-0997-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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