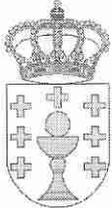




ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1 A CORUÑA

SENTENCIA: 00507/2017

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 42/2017

Apelante: Servizo Galego de Saúde

Apelada: D. Víctor Domingo Jesús Pedreira Crespo

26 OCT. 2017

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D. Fernando Seoane Pesqueira, Presidente.

D. Benigno López González

D. Julio César Díaz Casales

26 OCT. 2017

A Coruña, a veinticinco de octubre de 2017.

En el recurso de apelación 42/2017 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por el Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado del Sergas, contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2016, dictada en el Procedimiento Abreviado 248/2013 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de Pontevedra, sobre Función Pública-Administración Autónoma irregularidades en proceso de selección. Es parte apelada D. Víctor Domingo Jesús, representado por el Procurador D. José Manuel Domínguez Lino y dirigido por el letrado D. Carlos Ángel Rivas Teruelo.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que, estimando el recurso contencioso-administrativo, presentado por el procurador D. José Domínguez Lino, en representación de D. Víctor Pedreira Crespo, contra la

resolución de la Directora Xeral de Recursos Humanos del SERGAS, de fecha 29 de mayo de 2013, por la que se desestimó el recurso de alzada presentado por el demandante contra la resolución de 23 de octubre de 2012, por la que se elevan a definitivas las puntuaciones asignadas a los aspirantes en el concurso para la provisión de puesto de Jefe de Servicio de Psiquiatría del CHOP, por el sistema de evaluación colegiada, declaro que la actividad administrativa impugnada no se ajusta a derecho, debiendo ser anulada misma, y ordenándose la retroacción de actuaciones para que se designe una nueva Comisión de Evaluación, con los requisitos exigidos en la normativa aplicable, y que ésta fije la puntuación a otorgar a los méritos baremables, y proceda conforme se señala en las bases a realizar la valoración correspondiente a los aspirantes, respetando los principios igualdad, mérito y capacidad, y motivando conforme a ellos la decisión finalmente adoptada.

Las costas se imponen a la Administración demandada"

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y

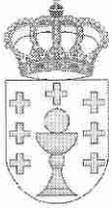
PRIMERO: Objeto del recurso de apelación y fundamentos nucleares de la sentencia de primera instancia.-

Don Víctor Pedreira Crespo impugnó la resolución de 29 de mayo de 2013 de la Directora Xeral de Recursos Humanos del Sergas, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 23 de octubre de 2012 del xerente de xestión integrada de Pontevedra e O Salnés, por la que se adjudica el puesto de jefe del servicio de psiquiatría del Complejo Hospitalario de Pontevedra a don Isauro Gómez Tato, tras elevar a definitivas las puntuaciones asignadas a los aspirantes en el concurso para la provisión de dicho puesto.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Pontevedra estimó el recurso contencioso-administrativo, anuló la actividad administrativa impugnada y ordenó la retroacción de actuaciones para que se designe una nueva comisión de evaluación, con los requisitos exigidos en la normativa aplicable, y que ésta fije la puntuación a otorgar a los méritos baremables, y proceda, conforme se señala en las bases, a realizar la valoración correspondiente a los aspirantes, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y motivando conforme a ellos la decisión finalmente adoptada.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Se funda dicho pronunciamiento judicial en que se entienden vulnerados por la comisión de evaluación los principios de igualdad, mérito y capacidad, en cuanto que su comportamiento primó a un candidato en detrimento del otro.

En ese sentido, la juzgadora "a quo" argumenta que se advierten indicios de falta de imparcialidad de la comisión de evaluación en relación a los aspirantes, perjudicial para el demandante, que ha de conllevar la nulidad del proceso, retrotrayéndolo al momento del nombramiento de la citada comisión, a fin de que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 40.2 del Decreto 206/2005, do 22 de julio, de provisión de plazas de personal estatutario del Sergas, y de que la composición del mismo no suponga un gravamen para ninguno de los aspirantes.

Especificando aquellos indicios, en la sentencia apelada se hace hincapié, en primer lugar, en la defectuosa tramitación, y consecuente resolución contraria a Derecho, de la recusación formulada por el demandante respecto a dos miembros de la tercera y última comisión de evaluación, pues, a la vista de la explicación extensa y detallada de los motivos que llevaban al actor a dudar de su imparcialidad y consiguiente falta de idoneidad para poder emitir una valoración justa, proponiendo prueba, lo que se vio confirmado por la intervención del doctor Bobes (uno de los recusados) en la primera exposición pública de proyecto y currículum, era obligado para el órgano competente llevar a cabo una actuación más completa al tramitar el incidente, practicando la prueba propuesta y razonando la decisión por la que consideraba inexistente la causa de recusación, más allá de la negativa de los propios recusados.

Se destaca en la sentencia apelada que la audición de las grabaciones de la primera exposición pública para defensa por los candidatos de sus proyectos técnicos y currículos (CD aportado como documento nº 58) respalda las apreciaciones de los testigos en el juicio, resaltando la intervención del doctor Bobes (miembro recusado del tribunal) en el turno de preguntas al doctor Pedreira, que no resulta acorde con la imparcialidad y objetividad que cabe esperar de un miembro de un tribunal de selección, al desdeñar la trayectoria profesional del actor, exteriorizando su opinión de resultado profesional escaso o de poca calidad en tantos años de servicios, además de tachar de literatura gris las publicaciones del demandante, actitud crítica que no tuvo con el otro candidato. Añade que ese acto de exposición y defensa pública fue anulado y hubo de ser repetido meses después ante una nueva comisión compuesta por los mismos miembros, salvo uno (que no era el señor Bobes), de quien se comprobó que no reunía los requisitos para serlo, por lo que ya tendrían formado un previo juicio de valor.

En segundo lugar, incide la juzgadora "a quo" en otro elemento que permite sembrar dudas razonables sobre la actuación del tribunal, cual es la inexistencia de motivación en el informe que, conforme a la base séptima de la convocatoria, ha de efectuar tras el referido acto público, de modo que, por su razonamiento genérico, no puede considerarse el exigido informe razonado, y puede llevar a hablar de desviación de poder en cuanto a primar a un candidato en detrimento del otro, pues nada se concreta sobre los criterios

utilizados y no se especifican los aspectos de las exposiciones de proyecto y currículo que fundan el resultado de 28 puntos para el señor Gómez Tato y 20 puntos para el señor Pedreira. Se argumenta asimismo que es mayor la exigencia de motivación al tratarse de una prueba de valoración subjetiva, que va a ser determinante para la adjudicación de la plaza, pues en la evaluación de los méritos fue superior la puntuación del señor Pedreira.

En tercer lugar, se destaca que en los criterios de baremación de los méritos y en la fijación de la puntuación la comisión, aparte de separarse de las líneas seguidas en convocatorias anteriores, ha efectuado una sobrevaloración de unos sobre otros, lo que ha beneficiado de manera manifiesta al señor Gómez Tato. Razona asimismo que la fijación de los criterios de valoración con posterioridad a que se conozcan los aspirantes y de que estos hayan presentado los méritos a valorar resulta un indicio más para la apreciación de desviación de poder incompatible con la imparcialidad y objetividad que ha de presumirse en la comisión de evaluación.

Frente a dicha sentencia interpone el Letrado del Sergas recurso de apelación.

SEGUNDO: Distinta perspectiva de la jurisdicción penal y de la contencioso-administrativo a la hora de enjuiciar los hechos.

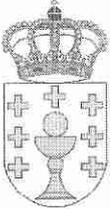
Con carácter previo, alega el apelante que sobre estos mismos hechos ya se ha pronunciado la jurisdicción penal, la cual considera que no pueden ser objeto de reproche penal, como se desprende del auto de 15 de febrero de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra, confirmado en su integridad por otro auto de 20 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, al considerar que no tienen encaje en los delitos de prevaricación, tráfico de influencias y/o falsedad documental.

La diferente perspectiva con la que han de analizarse los hechos en la jurisdicción penal y en la contencioso-administrativa sirve para explicar la razón por la que no puede resultar vinculante la decisión de la primera en la segunda, de modo que puede calificarse como no arbitraria la resolución de un tribunal de selección a los efectos de denegar la tipificación delictiva y la imposición de una pena, y sin embargo considerar que la actuación de ese tribunal no garantizó la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, entre los candidatos en el curso del proceso selectivo, con el fin de invalidar ese modo de actuar en el orden contencioso-administrativo.

Ya en los autos dictados por el Juzgado de Instrucción y la Audiencia Provincial se argumentó que para que una acción sea calificada como delictiva es preciso algo más que una mera ilegalidad administrativa, pues se exige el dictado de una resolución injusta y arbitraria, y en este caso no resultó acreditado que existiera la alegada confabulación para otorgar la plaza al señor Gómez Tato, y mucho menos que dicha confabulación ya existiera desde 2009 hasta enero de 2012, en que se saca a concurso la plaza, así como tampoco que se fijara el baremo para la determinación de los méritos de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

cada candidato de forma orquestada entre el gerente y el señor Gómez Tato.

En definitiva, lo único que se ha hecho en el previo proceso penal es excluir la existencia de la actuación más reprochable que se puede merecer desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y de la transgresión del mínimo ético, por lo que se deniega la posibilidad de imposición de una pena, pero ello deja abierta la puerta para el enjuiciamiento de la actuación de la comisión de evaluación desde la óptica menos rigurosa, en cuanto a su sanción, del Derecho administrativo.

TERCERO: Escenario global incompatible con la necesaria imparcialidad de la comisión de evaluación.-

En el escrito formalizador de su recurso de apelación el Letrado del Sergas analiza singularizadamente, en desconexión unos con otros, cada uno de los motivos que se ofrecen en la sentencia apelada para estimar procedente la declaración de nulidad del proceso, olvidando que, más que causas de nulidad autónomas, constituyen indicios reveladores de falta de imparcialidad de la comisión de evaluación en relación a los aspirantes, perjudicial para el demandante que, en conjunción, han llevado a la juzgadora "a quo" a deducir la existencia de desviación de poder.

Por ello, sin perjuicio de examinar seguidamente cada uno de dichos indicios, por el orden en que se impugnan en el escrito de apelación, conviene advertir previamente que, tras el examen del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales, la total actuación de la comisión de evaluación dibuja un escenario de propensión en favor del candidato señor Gómez Tato, incompatible con la imparcialidad que debe presidir el trabajo de aquel órgano, instaurado para dilucidar cuál de los dos candidatos posee mayores méritos para ser seleccionado como jefe del servicio de psiquiatría del Complejo Hospitalario de Pontevedra.

Singularmente reveladores de ese escenario incompatible con la observancia de los principios de mérito y capacidad, son la prueba testifical en la vista de primera instancia, y la audición de las grabaciones en CD de la primera exposición y defensa pública celebrada para la defensa por los candidatos de sus respectivos proyectos técnicos y currículos.

En la prueba testifical se constata aquella animosidad del tribunal hacia el señor Pedreira en el primer acto de defensa pública de proyectos técnicos y currículos, estando compuesto en el segundo por los mismos miembros, salvo uno, que en el primero, lo que permite deducir una anterior toma de posición en favor del señor Gómez Tato, impropia de la imparcialidad con que ha de conducirse la comisión de evaluación.

Así, en primer lugar, don Santiago Parada Nieto, jefe de sección en el departamento de psiquiatría del CHOP, compañero de ambos candidatos en el centro hospitalario, tras efectuar una apreciación sobre la mayor experiencia del señor Pedreira (treinta años frente a los seis de especialidad del señor Gómez Tato) y superior valor de su proyecto técnico,

destacó la actitud hostil y agresiva de la comisión hacia el señor Pedreira, resaltando lo despectivo que se mostró el doctor Bobes, miembro del tribunal, hacia el señor Pedreira, descalificando su trayectoria profesional y publicaciones (que calificó de "grises"), ninguneando la gestión que había realizado (había sido jefe de servicio desde 1982) y anticipando un juicio comparativo al tacharlo de apasionado, lo que le impedía ser jefe de servicio, frente al otro aspirante, al que calificó como más templado y mejor candidato, todo ello ante la actitud pasiva del presidente de la comisión, que se limitaba a reprimir las muestras de desaprobación que partían del abundante público que había en el salón, muchos de ellos compañeros del hospital.

La segunda testigo, doña Margarita Castejón, trabajadora social, destacó que las preguntas dirigidas al señor Pedreira se dirigían a descalificar su trayectoria profesional y alabar la del señor Gómez Tato, significándose uno en las descalificaciones, anticipando valoraciones en público, pese a lo cual el presidente no llamaba al orden a quienes así se conducían, dando la sensación de que la segunda sesión constituyó un mero trámite.

En tercer lugar, la declaración del testigo don Jorge Nogueira Dios, facultativo adscrito al servicio de urgencias del CHOP y vicepresidente del colegio oficial de médicos de Pontevedra, que asistió a las sesiones de defensa del proyecto y currículo, es tajante asimismo al describir la hostilidad del tribunal hacia el actor.

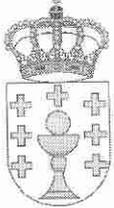
En cuarto lugar, depuso en el acto de la vista como testigo-perito don Enrique Baca Baldomero, catedrático de Universidad y especialista en psiquiatría y neurología, a quien no le parecen coherentes ni lógicos los cambios realizados en el baremo respecto a los utilizados para jefe de servicio de ginecología (que coinciden con los generalmente empleados), especificando que resulta incoherente que se suban los puntos para valorar el doctorado, y se reduzca la puntuación en la realización de trabajos de investigación, ya que precisamente el doctorado ha de valorarse como garantía de suficiencia investigadora y para dirigir proyectos de investigación, de modo que con aquella actuación contradictoriamente se penaliza por una parte la investigación y se sobreestima el título de doctor; añade que asimismo llama la atención que la experiencia se valore en términos mensuales en lugar de anuales, porque el aval de la experiencia supone desempeñar la plaza por lo menos un año de forma continuada; y le choca igualmente la falta de valoración de la enseñanza universitaria, en contradicción con el hecho de que anteriormente era lo único valorado y de que se suba la puntuación del título de doctor.

Si a lo anterior se une que tales cambios en el baremo favorecen precisamente al adjudicatario, se ahonda la percepción de favoritismo y consiguiente vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, que han de regir en los procesos selectivos de la función pública (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución).

La audición de las grabaciones en CD de la primera exposición y defensa pública celebrada para la defensa por los candidatos de sus respectivos proyectos técnicos y currículos, no viene sino a confirmar las afirmaciones realizadas por los



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

testigos, destacando la intervención del señor Bobes, quien se significa en la hostilidad mostrada frente al señor Pedreira, al valorar negativamente su carrera profesional, desacreditar sus publicaciones y llegar a dirigirle una crítica generalizada a su trabajo por calificar su desempeño como "muy apasionado".

Ayudan a dibujar aquel escenario incompatible con la necesaria imparcialidad en la actuación administrativa, la ausencia de la debida justificación de la decisión denegatoria de la recusación planteada, la carencia de la adecuada motivación del informe razonado sobre la evaluación de los aspirantes que ha de emitir la comisión tras la defensa pública de los respectivos proyectos y currículos, la separación de los criterios de baremación seguidos en convocatorias precedentes para favorecer al señor Gómez Tato, y la fijación de los criterios de valoración por la comisión con posterioridad al conocimiento de la identidad de los aspirantes y a la presentación por estos de los méritos a valorar.

Debe recordarse que, según jurisprudencia constante, una de las técnicas de control de la discrecionalidad técnica, que ha de reconocerse a los tribunales de oposiciones y concursos, es a través de los principios generales del Derecho, (así se reconoció desde la más antigua sentencia de 5 de octubre de 1989, hasta las más recientes de 17 de octubre de 2012, recurso de casación 3930/2010, 4 de junio de 2014, RC 2103/2013, 16 de diciembre de 2014, RC 3157/2013, 23 de diciembre de 2014, RC 3462, y 15 de junio de 2016, RC 2000/2015), por lo que los principios de igualdad, mérito y capacidad han de servir como medio de fiscalización de la actuación administrativa en el ámbito de la función pública.

Y esta Sala coincide con la juzgadora de primera instancia en la apreciación de que la Administración no ha garantizado en el caso presente ni la imparcialidad de la comisión de evaluación ni el respeto a los mencionados principios de igualdad, mérito y capacidad.

CUARTO: La ausencia de justificación de la denegación de la recusación planteada.-

Para tratar de desacreditar la apreciación de imparcialidad de la comisión de evaluación comienza el Letrado del Sergas por alegar que para la recusación de los miembros de dicha comisión se tramitó el procedimiento legalmente establecido, esto es, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, entonces aplicable, siendo tramitado por el director de recursos humanos de la EOXI de Pontevedra y O Salnés, y resuelto por el gerente.

Al margen de que formalmente se haya acomodado la actuación administrativa a lo que se recoge en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, no se puede compartir la afirmación del apelante de que, en función de las circunstancias concurrentes, se respetó cuanto era exigible en la tramitación y decisión del incidente de recusación.

En efecto, a la vista de las abundantes alegaciones del señor Pedreira Crespo en el escrito promoviendo el incidente de recusación, y de las incidencias acaecidas en la

primera sesión de defensa pública de proyectos y currículos, lo adecuado hubiera sido admitir la prueba testifical propuesta, para así tomar mayor y mejor conocimiento sobre las previas diferencias entre el señor Pedreira y algún miembro de la comisión, a fin de comprobar una posible enemistad manifiesta, por un lado, así como en torno a la vinculación precedente entre el otro candidato y el presidente del tribunal, para de ese modo contrastar la posible existencia de la invocada amistad íntima, ofreciendo al recusante posibilidad de acreditar lo alegado.

Lo que resulta chocante, a la vez que contradictorio, es que se reproche al recusante que no haya aportado elemento probatorio que evidencie la concurrencia de las causas alegadas, cuando se ha denegado la prueba orientada a dicha demostración. Y, a la vez, resulta paradójico que se niegue la producción de indefensión cuando se priva de la posibilidad de acreditación a quien promueve el incidente de recusación.

Por lo demás, resulta manifiestamente carente de contenido la motivación de la resolución denegatoria de 17 de septiembre de 2012 del gerente de la EOXI de Pontevedra, que se funda exclusivamente en las manifestaciones de los propios recusados, quienes niegan sin más la concurrencia de las causas invocadas.

Para que se considerase debidamente motivada dicha resolución sería imprescindible ofrecer la adecuada respuesta a todos los argumentos en que se apoyaba la recusación, además de explicar, con razones mínimamente convincentes, la denegación de la prueba testifical propuesta por el recusante.

El apelante se refugia en el artículo 28.3 de la Ley 30/1992 para alegar que, aún cuando concurriese alguna causa de recusación en los miembros de la comisión de evaluación, ello no conllevaría la nulidad de los acuerdos adoptados.

Sin embargo, cuando, como en el caso presente sucede, esa concurrencia de causas de recusación es un elemento más que sirve para dibujar un escenario revelador de ausencia de imparcialidad del tribunal de selección, la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sí debe conducir a la nulidad de las decisiones de la comisión, tal como se ha explicado en el anterior fundamento jurídico, máxime a la luz de que los restantes miembros de la comisión, sobre todo el presidente, adoptaron una actitud pasiva ante la hostilidad que el doctor Bobes mostró ante el recurrente.

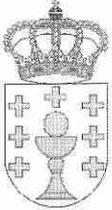
QUINTO: Carencia de motivación suficiente en el informe razonado elaborado por la comisión de evaluación.-

Seguidamente el Letrado del Sergas apelante alega que la sentencia apelada infringe, por interpretación errónea, el artículo 40 del Decreto 206/2005, de 22 de julio, de provisión de plazas de personal estatutario del Sergas, en relación con el artículo 54 de la Ley 30/1992.

Se refiere en concreto a la apreciación, en la sentencia apelada, de falta de motivación e incumplimiento de las bases en cuanto a la exigencia de un informe razonado sobre la evaluación de los aspirantes, que puede llevar a hablar de desviación de poder.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Considera el apelante que, de conformidad con el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, como es el caso, se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen las convocatorias, de modo que en este caso basta con asignar a cada aspirante la puntuación individualizada, lo que se habría cumplido, al asignar 59 puntos al señor Gómez Tato (21 puntos de baremación del currículum y 28 puntos de valoración de defensa del proyecto y currículum) y 53'04 puntos al señor Pedreira Crespo (23'04 puntos del currículum y 20 puntos de defensa del proyecto y currículum).

Argumenta el apelante que el informe razonado de 17 de septiembre de 2012 satisface las exigencias del artículo 8 de la Orden de 24 de mayo de 2006 por la que se establecen las bases del procedimiento para la provisión de los puestos de jefatura y coordinación de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud, según el cual *"Tras el acto público anteriormente referido (de defensa del proyecto técnico), la comisión elaborará un informe razonado, ajustado a criterios previamente establecidos por la propia comisión, sobre la evaluación de los aspirantes, con asignación de puntuación desglosada en los dos apartados citados"*.

La base séptima de la convocatoria exige que, tras el acto público de defensa del proyecto técnico, el tribunal ha de elaborar un informe razonado, de acuerdo con los criterios previamente establecidos, sobre la evaluación de los aspirantes, con asignación de la puntuación según el desglose en los apartados de currículum profesional y proyecto técnico.

El informe emitido por la comisión fue genérico, parco y poco ilustrativo, de cara a especificar los distintos merecimientos de cada aspirante, pues la comisión se limitó a consignar que *"atendiendo a los proyectos presentados por los dos candidatos y a la claridad y concreción de sus respectivas exposiciones, su correspondencia con los objetivos señalados en el Anexo II de la convocatoria, sí como la defensa y adecuación de su currículum profesional, y, en definitiva, por su grado de adaptación e idoneidad para el puesto, acuerdo por unanimidad otorgar las siguientes puntuaciones: Gómez Tato, Isauro: 28'00 puntos, Pedreira Crespo, Víctor: 20'00 puntos"*.

No se destacan facetas o aspectos concretos de la exposición que hacen merecedor al señor Gómez Tato de una puntuación ocho puntos superior, y ello pese a que cabía encarecer la exigencia de motivación en dicho informe debido a que: 1ª fue esencial la puntuación asignada a dicha defensa pública del proyecto, hasta el punto de que sirvió para que el señor Gómez Tato rebasara al señor Pedreira, ya que en la baremación del currículum este último superaba a aquél en 2'04 puntos, 2º se había rebajado en dos puntos la puntuación asignada al señor Pedreira respecto a la que le había sido atribuida en la anterior defensa del mismo proyecto, que había resultado anulada, y 3º en la última defensa pública casi no le habían sido dirigidas preguntas por los miembros del tribunal, con la consiguiente apariencia de que se dejaban guiar por la precedente.

Se incrementa esa exigencia de motivación en dichos casos en que la puntuación otorgada por la defensa pública sirve para invertir las puntuaciones derivadas del currículum,

porque los argumentos ofrecidos por el tribunal han de estar plenos de racionalidad de cara a convencer de que no se trata de una decisión arbitraria y orientada a favorecer a un candidato, respetuosas, pues, de los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo cual no se ha logrado debido a que ésta, junto al resto de los datos, hechos y circunstancias reseñados en el fundamento jurídico tercero, permiten contemplar un contexto plagado de irregularidades indiciarias de arbitrariedad y favoritismo, sin la persecución de la finalidad de elección del candidato que resulte más idóneo para el puesto convocado.

SEXTO: La falta de publicidad previa de la singularización del baremo y de los criterios de valoración.-

A continuación el apelante se muestra en desacuerdo con la apreciación de la sentencia apelada de que la fijación de los criterios de valoración por la comisión con posterioridad al conocimiento de la identidad de los aspirantes y a la presentación por estos de los méritos a valorar, constituye un indicio más de una desviación de poder incompatible con la imparcialidad y objetividad que ha de presumirse en la comisión de evaluación.

La Sala se muestra plenamente de acuerdo con la juzgadora "a quo" también en este aspecto, pues resultaba exigible que, de cara a evitar cualquier atisbo de arbitrariedad o favoritismo, se hiciesen públicos a la presentación de los méritos tanto la singularización de los parámetros del baremo como los criterios de valoración.

En este punto merece destacarse que la singularización del baremo generalmente empleado ha favorecido claramente al señor Gómez Tato, en aspectos como la sobreevaluación del doctorado, la falta de exigencia de que la docencia impartida sea universitaria y que la valoración de la experiencia se haga en términos mensuales en lugar de anuales.

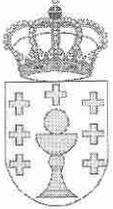
Una cosa es que el tribunal pueda fijar los criterios de valoración y otra muy distinta que pueda no hacerlos públicos y que los pueda mantener ocultos a los aspirantes, de modo que estos los desconozcan al tiempo de presentar los méritos o hacer los exámenes.

En ese caso no se trata del control de la discrecionalidad técnica del tribunal de selección, porque no se está revisando el núcleo material de la decisión, es decir, el estricto dictamen o juicio de valor técnico, sino fiscalizando los denominados "aledaños", o sea, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro lado, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

En efecto, de entre esos aledaños es fundamental destacar que los criterios de valoración o corrección no sólo han de ser fijados previamente por el tribunal calificador, sino que, en aras del cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, que han de regir en materia de función pública (artículo 55.2.a y b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de igual redacción que el mismo ordinal del Real Decreto Legislativo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), han de ser puestos en conocimiento de los aspirantes.

Resulta evidente que los principios de publicidad y transparencia, recogidos en el artículo 66.2.b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (de igual redacción que el mismo ordinal del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, exigen que dichos criterios sean conocidos previamente por los aspirantes que habían de realizar el ejercicio, pues la distinta valoración otorgada a cada una de las partes incuestionablemente condiciona los méritos a presentar para lograr mayor puntuación, ya que, en caso de conocer previamente aquellos parámetros, lógicamente han de dar preferencia y concentrarse en mayor medida en las cuestiones más valoradas de cara a obtener la mayor puntuación, adaptando la documentación a la relevancia de las cuestiones resaltadas.

Inciendo en la necesidad de que, dentro del control de la discrecionalidad técnica, y en el ámbito de los aledaños, se apruebe y se de publicidad a los criterios de valoración y corrección previamente al ejercicio que ha de realizarse o a la presentación de los méritos, la jurisprudencia se ha expresado nítidamente.

Esa exigencia de conocimiento previo por los opositores de los criterios de corrección o valoración fijados, constituye jurisprudencia reiterada, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (recurso de casación 1405/2004), seguida por las de 15 de diciembre de 2011 (RC 4298/2009), 18 de enero de 2012 (RC 1073/2009), 25 de junio de 2013 (RC 1490/2012), 20 de octubre de 2014 (RC 3093/2013), 18 de marzo de 2015 (RC 790/2014) y 21 de enero de 2016 (RC 4032/2014).

La necesidad de determinar previamente los criterios de valoración está directamente conectada con el principio de publicidad y transparencia.

El principio de publicidad, en relación con la transparencia previa de los criterios de valoración en los procesos selectivos, ha sido resaltada por la sentencia de 18 de enero de 2012 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recurso de casación 1073/2009) en los siguientes términos:

" Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas

garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas.

También debe recordarse que esa publicidad aplicable a los procedimientos administrativos de selección, dispuesta por el mencionado Reglamento, no hace sino ratificar el mismo mandato que se establecía en el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública [LMRFP] y actualmente aparece, con el de transparencia, en el artículo 55.2 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Así mismo debe significarse que esa transparencia de que se viene hablando es también un principio de actuación de la Administración pública proclamado con carácter general en el artículo 3.5 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC].

Y debe decirse, por último, que en esta misma línea se pronunció la sentencia de 27 de junio de 2008 de esta misma Sala y Sección (Casación 1405/2004) cuando declaró que el principio de publicidad exige que los criterios de actuación sean precedentes a la realización de las pruebas".

Más recientemente, hacen hincapié en esa necesidad de dar publicidad a los criterios de valoración, puntuación o corrección, previamente a la realización del ejercicio, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2015 (recurso de casación 790/2014), y la de 21 de enero de 2016 (RC 4032/2014).

Como dice la sentencia de 21 de enero de 2016 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo:

"no se trata de negar la posibilidad de que un Tribunal Calificador de un proceso selectivo pueda establecer criterios de corrección dando prevalencia a unas preguntas sobre otras en la valoración de las mismas, debidamente justificadas, sino que esa preferencia ha de constar a los opositores antes de la realización de la prueba, de tal suerte que estos puedan decidir la prioridad en su contestación, adaptando las respuestas a la relevancia de las cuestiones planteadas, impidiendo así que se produzca indefensión, y en este sentido recuerda la recurrente la jurisprudencia sentada por esta Sala, citando la sentencia de 25 de junio de 2013, de 25 de junio (recaída en el recurso 1490/2012, con cita de otras anteriores como las de 27 de junio de 2008 (recurso números 1405/2004); 15 de diciembre de 2011 (Rº C. número 4298/2009); 18 de enero de 2012 (R.C. número 1073/2009, que sostiene que el principio de publicidad exige que los criterios de actuación del Tribunal Calificador sean precedentes a la realización de la prueba y notificados a los aspirantes, pues solo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica. En el mismo sentido cita la sentencia de 21 de diciembre de 2011 o la de 20 de octubre de 2014 (R.C. 3093/2013) con cita de sentencias anteriores). En consecuencia, de conformidad con esta jurisprudencia el Tribunal Calificador al valorar de distinta forma las respuestas a las cuestiones del caso práctico, sin previamente notificar estos criterios a los opositores, produjo una



irregularidad procedimental que causó la indefensión del recurrente que no pudo adecuar la contestación del examen a las distintas valoraciones de las preguntas ... y en consecuencia entender que se ha vulnerado la jurisprudencia de la Sala por la sentencia recurrida, e igualmente el principio de transparencia y publicidad que deben presidir los procesos selectivos, recogidos en el artículo 66.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público, como sostiene la sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 2014".

En la sentencia de 18 de marzo de 2015, después de razonar, en el mismo sentido antes expresado, que "el principio de publicidad exige que los criterios de actuación del Tribunal sean precedentes a la realización de la prueba, y notificados a los aspirantes pues sólo así se garantiza además el principio de seguridad jurídica, pues los participantes adecuarán entonces su ejercicio a los criterios manifestados por el Tribunal Calificador" se añade que "Sin embargo, el recurrente no se limita a solicitar que se le valore, sin tener en cuenta los criterios introducidos por el Tribunal Calificador, sino que pretende también la retroacción de actuaciones al momento anterior a la realización del segundo ejercicio. Pero para que este defecto formal tuviera trascendencia el recurrente debería haber demostrado que, de haberse dado una valoración idéntica a todas las preguntas el resultado del proceso selectivo hubiera sido favorable a la superación del ejercicio por su parte ...".

En definitiva, esa ausencia de publicación previa de la concreción del baremo general y de los criterios de valoración empleados por la comisión de evaluación constituye un indicio más de la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, que conduce a que haya de confirmarse la sentencia de primera instancia.

SÉPTIMO: Costas procesales de segunda instancia.-

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, han de imponerse al apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.4 LJ, se fija en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del apelado, en función del trabajo y esfuerzo desplegado para dar respuesta a los motivos de apelación esgrimidos.

FALLAMOS que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Pontevedra de 5 de diciembre de 2016, **CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada, fijando en 1.000 euros la cantidad máxima en concepto de defensa del apelado.

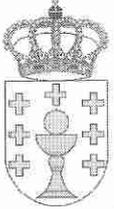
Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de

TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0042-17), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Fernando Seoane Pesqueira al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe.