



**T. S. X. GALICIA CON/AD SEC. 1
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00010/2014



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

PONENTE: DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA

RECURSO DE APELACION N°. 288/2013

APELANTE: MIGUEL ANGEL C.F. -SERVICIO GALEGO DE SAUDE

APELADA: SERVICIO GALEGO DE SAUDE - MANUEL PEDRO B. M.

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

ILMOS. SRS.

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA, PTE.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A Coruña, a veintidós de enero de dos mil catorce.

En el RECURSO DE APELACION que con el número 288/13 pende de resolución de esta Sala, interpuesto **DON MIGUEL ANGEL C. F.**, representado por el Procurador DON JOSE AMENNEDO MARTINEZ y dirigido por el Letrado DON JOSE ANTONIO C. F. y actuando también como apelante el **SERVICIO GALEGO DE SAUDE**, representado y dirigido por el LETRADO DEL SERGAS, contra la SENTENCIA de fecha 27 de marzo de 2013, dictada por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO UNO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en el Procedimiento Abreviado que con el número 329/11 se sigue en dicho Juzgado, sobre PROVISION DE PUESTO. Son partes apeladas **EL SERVICIO GALEGO DE SALUDE, también apelante**, representado y dirigido por el LETRADO DEL SERGAS y **DON MANUEL PEDRO B. M.**, representado por el Procurador DON XULIO BARREIRO F. y dirigido por el Letrado DON MIGUEL ANGEL VAZQUEZ GONZALEZ.

Siendo Ponente el Magistrado el ILMO. SR. **DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Que, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, presentado por d. Miguel Angel C.F. contra la resolución 14-10-10 de la Gerente General del CHUS, que resuelve la convocatoria pública para la provisión de la plaza de Jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo a favor de D. Manuel Pedro B.M., la cual se anula en el sentido de retrotraer el proceso selectivo respecto del recurrente, al momento de valoración de la prueba de proyecto técnico, a fin



de que la Comisión Evaluadora refleje en un acta el resultado de esta prueba ofreciendo una justificación mínima de la puntuación correspondiente a cada uno de los factores (calidad de la presentación, contenido de la misma y adecuación del proyecto a la plaza); sin hacer imposición de costas”.

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, denegado el recibimiento a prueba del recurso solicitado por el Procurador Sr. Amenedo, se acordó pasar las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por D. Miguel Ángel C.F. y la Xunta de Galicia se han presentado sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num.1 de Santiago de Compostela de fecha 27 de Marzo de 2013 (P.A.329/11) por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Miguel Ángel C.F. contra la Resolución de 14 de Octubre de 2010 de la Gerente General del CHUS que resolvió la convocatoria pública para la provisión de plaza de Jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo a favor de D. Manuel Pedro B.M., la cual se anuló para retrotraer el proceso selectivo al momento de valoración de la prueba de proyecto técnico a fin de que la Comisión Técnica de Evaluación (CTE) reflejase en un acta el resultado de esta prueba ofreciendo una justificación mínima de la puntuación correspondiente a cada uno de los factores (calidad de la presentación, contenido de la misma y adecuación del proyecto a la plaza).

SEGUNDO.- Sinteticemos las perspectivas alegatorias de los personados.

El recurso de apelación formulado por D. Miguel Ángel C. F., con gran despliegue argumental, jurisprudencia, especulaciones y críticas para desvirtuar la sentencia apelada, se fundamenta sustancialmente en los siguientes motivos:

a) No procede rechazar por extemporánea la relación del adjudicatario de la plaza con personas integrantes de la Comisión Evaluadora. A este respecto se aduce que las causas de recusación de la Ley 30/1992 se evidenciaron ante el resultado del procedimiento. De hecho, la esposa del candidato ostentaba la condición de Gerente del SERGAS, quien nombra al Gerente General del CHUS, que a su vez nombra a los miembros de la Comisión de Evaluación. De ahí que existiría una relación de dependencia y voluntad de sintonía con aquélla por parte de la Directora de Recursos Humanos del SERGAS (quien resuelve el recurso de alzada), del Director Operativo del CHUS (quien presidió la Comisión), y del Director de Asistencia Sanitaria, de manera que de los cinco miembros de la Comisión (CTE) cuatro deben su puesto o subsistencia de vínculo profesional a la Gerente del SERGAS o persona de su confianza.



b) No hay pronunciamiento en la sentencia apelada sobre el motivo central de la demanda relativo a la existencia de desviación de poder.

c) No se ha aplicado el principio de proporcionalidad que resultaba obligado en relación con el baremo preestablecido. Para el apelante el criterio fijado por la CTE de no computar (o no seguir valorando) los méritos que excedieran del máximo preestablecido para cada apartado, no se ajusta a la Constitución ni los principios generales seguidos en los procedimientos competitivos de concurso de méritos. Para ello, el apelante se esfuerza en demostrar los ingentes y superiores méritos que posee respecto del adjudicatario.

En consecuencia considera que estando viciado lo actuado, los superiores méritos del apelante a la luz del principio de proporcionalidad determinarían la adjudicación en su favor de la plaza litigiosa. En este punto, el apelante lleva a cabo su subjetiva valoración de la hipotética puntuación que merecería, para rechazar que el adjudicatario pueda contar con méritos iguales o superiores a aquél.

d) La discrecionalidad técnica no puede amparar la vulneración de los principios constitucionales de mérito y capacidad ni falta de motivación. En este aspecto la apelación se dedica a espigar sentencias más o menos remotas o próximas para buscar apoyo a sus tesis.

e) La falta de motivación de las Resoluciones impugnadas, especialmente en relación al proyecto técnico no constituye un mero defecto formal como la sentencia estima sino que es un defecto sustancial que evidencia en el caso analizado la existencia de desviación de poder. Así, considera que existe prueba de tal desviación por los antecedentes y actuación premeditada de la Comisión con sospechosa celeridad y falta de motivación.

Por lo expuesto, el recurso de apelación reivindica la revocación de la sentencia con el fin de anular la actuación administrativa y reconocer al apelante, Sr. C., el derecho a ocupar la plaza de Jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del CHUS y subsidiariamente se ordene la nulidad del procedimiento de adjudicación de la plaza desde el nombramiento de los miembros de la Comisión Evaluadora, con nombramiento de otra Comisión Evaluadora. Y en todo caso, que la Comisión (misma o nueva) adjudique la plaza aplicando la regla de proporcionalidad a los méritos valorables.

Por el letrado de la Xunta de Galicia se formuló recurso de apelación igualmente frente a dicha sentencia en cuanto rechaza el déficit de motivación por parte de la Comisión de Evaluación, de manera que a juicio de esta apelante no procedería la retroacción del procedimiento para volver a motivar. Y ello con mayor razón cuando las partes han podido conocer y debatir sobre la exactitud u oportunidad de tal motivación, lo que destierra toda indefensión. Se adujo el art.54 de la Ley 30/1992 en cuanto remite la motivación de los procedimientos competitivos a lo dispuesto en las convocatorias. Así considera la Xunta que la calificación de proyectos técnicos no viene predeterminada por reglas ni



baremo general, salvo en cuanto al máximo de 30 puntos, siendo la Comisión Técnica quien debe apreciarlo en cada caso. Así considera suficiente la motivación numérica de asignar 5 puntos a la calidad de presentación, 10 a la calidad del proyecto y 15 a la adecuación del Proyecto, señalando que el adjudicatario "fue el que abordó los problemas y soluciones de hecho mas concreto y adaptado a los objetivos señalados en la convocatoria", ello en relación con los objetivos del Anexo V.

Por la representación de D. Manuel B.M. se formuló oposición a la apelación y tras un análisis del baremo y méritos de los aspirantes se adujo que las bases de la convocatoria fijaron los criterios y puntuación máxima por los conceptos de currículum profesional y proyecto técnico, sin que sea lícito volverse contra ellas ante el resultado adverso. También debe aceptar el apelante que no cuestionó ni recusó a los miembros de la Comisión calificadora, y debiendo tenerse presente que su composición responde a imperativos reglamentarios derivados de la Orden de 24 de Mayo de 2006 por la que se establecen las bases del procedimiento para la provisión de puestos de jefatura y coordinación de las instituciones del SERGAS. Tal Comisión actuó con imparcialidad e independencia y no hay pruebas de lo contrario. Se rechazó que se puedan plantear en apelación cuestiones nuevas relativas a la valoración de hechos nuevos para su consideración en la calificación del Proyecto Técnico (datos relativos a centros de referencia a nivel nacional). Sobre el criterio de proporcionalidad se analizaron convocatorias similares para evidenciar que la plaza litigiosa sigue la tónica habitual en este tipo de procedimientos. Asimismo se insistió en el carácter diferencial de la experiencia académica respecto de la hospitalaria y de los requisitos para ser Catedrático o Titular de Universidad respecto de los propios de las Jefaturas de unidades hospitalarias. Sobre la mayor valoración del Proyecto técnico del Sr. B. se insistió en la discrecionalidad técnica que asiste a la Comisión y que no puede suplantarse en su valoración por el criterio del competidor ni de los jueces. Se insistió en la suficiencia de la motivación, en la misma línea vertida por la Xunta de Galicia en su recurso de apelación. De igual modo se rechazó la desviación de poder que asienta el apelante en meras conjeturas.

TERCERO.- Como cuestión preliminar, hemos de salir al paso y fijar dos extremos del desarrollo del procedimiento administrativo que fueron consentidos por el recurrente en la instancia (Sr. C.), por mucho que se esfuerce en explicar que lo consentido tomó unos derroteros inesperados o inadmisibles.

Por un lado, las *bases de valoración* y los criterios de puntuación fueron fijados con antelación y conocidos por todos los aspirantes, los cuales (incluido el apelante) fueron aceptados. No es lícito volverse contra ellos so pretexto de no cuestionar su formulación pero sí su aplicación, con el artificio de introducir criterios adicionales, una vez que el resultado le ha sido desfavorable. En este punto, es notoria la doctrina de los actos propios y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que inspiran todo procedimiento competitivo.



Por otro lado, la *composición de la Comisión Técnica de Valoración* era conocida con antelación y bien podía el apelante haber invocado por entonces los motivos de recusación de la Ley 30/1992 ya que la identidad y cargos de sus miembros eran conocidos y notorios. En este punto debemos señalar que las causas de recusación están tasadas, sin que se extiendan a vínculos familiares indirectos ni mucho menos puede alzarse una relación jerárquica de dependencia en prueba de parcialidad ya que ello supondría una inadmisibles presunción contraria a la imparcialidad de los funcionarios y empleados públicos (ámbito donde reina la regla contraria, ex.art.103 CE). De hecho, la jurisprudencia territorial ha excluido que la relación de jerarquía administrativa pueda considerarse "relación de servicio" (art.28.2 e, Ley 30/1992) que determine la contaminación del superior para evaluar al inferior (caso de la STSJ de Valencia de 28 de Enero de 2003, rec.226/2000; STSJ de Asturias de 7 de Noviembre de 1997, rec.1359/1995).

En suma, una cosa es que se haya ocultado una causa de recusación o que la existencia de la misma haya sido conocida con posterioridad al desenlace del procedimiento (relación de jerarquía o relación de parentesco) y otra muy distinta que la causa de recusación subsista pero se aprecie su negativa dimensión (influencia perversa de tales relaciones en el resultado) mediante una reconstrucción a posteriori y especulativa de la intencionalidad llevada a cabo por los miembros del órgano afectado. En el primer caso, cabe traer al litigio a posteriori las nuevas causas como motivo de impugnación indirecta del resultado y en el segundo caso quien toleró y confió en la bondad de la causa de recusación ha de correr y soportar las consecuencias.

CUARTO.- Asimismo el particular apelante se esfuerza en demostrar los superiores méritos del Sr. C. sobre el adjudicatario Sr. B. para la plaza apetecida como argumento para demostrar la lesión del principio de proporcionalidad, que a su vez debería figurar como pauta impuesta a la Comisión calificadora.

Comenzando por el final de este razonamiento encadenado hemos de señalar que las bases, méritos o criterios que debe tomar en consideración un Tribunal o Comisión son los fijados en la convocatoria y hechos públicos con antelación, o según ampare aquélla, en que fueron concretados por la Comisión según la expresa habilitación de las Bases. Tal Comisión ni puede valorar otros méritos ni dejar de valorar los establecidos. El principio de seguridad jurídica impone que los aspirantes conozcan de antemano los criterios y puntuaciones que serán objeto de valoración y el principio de preclusión y cierre comporta que una vez fijado por la convocatoria no está la Comisión facultada para adicionar o restringir aquéllos, aunque sí para interpretarlos.

Así en el presente caso nos encontramos con una singularidad en la convocatoria (aprobada por Resolución de 16 de Marzo de 2010 del Gerente General del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela) consistente en la generosa habilitación que encierra al disponer que "Corresponde a la Comisión de Evaluación concretar la valoración del currículum de los aspirantes con la puntuación a



otorgar por los méritos baremables, en los términos y con los límites establecidos en el Anexo II de la Resolución de la convocatoria, así como baremar los méritos aportados por los solicitantes", y dicho Anexo II se despacha asignando, en los conceptos aquí cuestionados, un máximo de 30 puntos al Currículo profesional (indicando experiencia de valoración obligatoria - profesional y la académico e investigadora- así como opcional- gestión, tutorías, etc, pero sin un mínimo desglose ni indicación de puntuaciones correlativas), y otros 30 como máximo al Proyecto Técnico relacionado con la gestión de la unidad.

En esas condiciones, la Comisión (CTE) contaba con habilitación en las bases, y consentida por los participantes, para acometer la concreción de epígrafes y puntuaciones dentro de esos límites.

Y así, el criterio de baremación aprobado por la CTE en su reunión de 3 de Septiembre de 2010, y aplicados en la sesión de 14 de Septiembre de 2010 es lógico y congruente bajo principios de economía procedimental, tanto en cuanto a los méritos y cuantificación de valoración como al particular de que una vez agotado el techo máximo de puntuación para cada concepto carece de sentido y resulta inútil examinar los restantes méritos que por exceso se hayan acreditado. Tal regla no infringe principio constitucional ni legal alguno y entra dentro de las facultades implícitas en la Comisión para llevar a cabo su labor bajo criterios de orden, simplicidad y economía procedimental.

Pues bien, el principio de proporcionalidad no es un principio constitucionalizado en régimen de paridad con los de seguridad jurídica, mérito y capacidad, si bien es innegable que se alza en principio general del derecho y especialmente del derecho administrativo, con juego valioso al ejercer las potestades de gravamen y sancionadoras.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no es una palanca abstracta y de aplicación automática ya que cuando se trata de valorar los méritos en un procedimiento selectivo o de provisión de puestos de trabajo, la convocatoria ya ha tomado una decisión sobre la proporcionalidad que se estima adecuada. De un lado, sobre los méritos relevantes. De otro lado, sobre el peso o valoración de unos sobre otros. Lo que no es admisible es que cada aspirante aplique el principio de proporcionalidad como una regla lesbiana para adaptarlo a su propio perfil o méritos, ya que quien está llamada a la aplicación de proporcionalidad es en primera potencia, la Administración al fijar la convocatoria, y en segunda potencia, la Comisión calificadora al asignar puntuación a cada mérito.

Ello sin olvidar que una cosa son los méritos académicos, otra los profesionales y otra los servicios técnicos o artísticos, de manera que méritos de la órbita sanitaria pueden tener distinto peso según se opte a plazas de uno u otro ámbito. Es evidente que no es lo mismo optar a una plaza de Catedrático (docencia e investigación) que una plaza de Organismo Público de Investigación (OPI) que a una plaza de Gerente de Hospital, que imaginemos, a una plaza de Director



Técnico de Museo de Arqueología Sanitaria. Por eso no se niegan los valiosos méritos del apelante que sin duda ya han sido valorados para obtener su meritoria Cátedra de Universidad pero eso no implica que deba presumirse idéntica idoneidad para un puesto de perfil directivo como es la Jefatura de un Servicio sanitario en un centro hospitalario; de igual modo, tampoco podría alguien con acreditada experiencia como Jefe de Servicio en Hospital pretender fuese valorado de forma preferente tal mérito de experiencia directiva para ser Catedrático de Universidad. Y es que, digamos la obviedad a que nos empuja el recurso de apelación y la oposición: cada procedimiento selectivo es autónomo y sus criterios son los adecuados para la plaza concreta (tal y como impone con carácter general el art. 55.2, letra e, del EBEP).

Por tanto hemos de rechazar el recurso de apelación del Sr. C. en cuanto se encamina a que la Comisión aplique un criterio no predeterminado (la proporcionalidad en sentido distinto del marcado), o que determine la adjudicación de la plaza al apelante.

QUINTO.- Cosa distinta es la perspectiva denunciada en la apelación del Sr. C. por no haber sido acogida por la sentencia y referida a la desviación de poder en que pudo incurrir la Comisión actuante.

En este punto, es conocida la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de que la prueba de la desviación de poder corre a cargo de quien la invoca y que no puede presumirse.

La esencia de la desviación de poder la ofrece la STS, de 29 de Mayo del 2001 (rec. 3156/1997): *"contra lo que suele pensarse, es un concepto de teoría general del derecho, ya que puede darse en cualquier sector del ordenamiento jurídico, por más que la denominación que suele emplearse en esos otros sectores, es la de fraude de ley, y que, junto con el abuso de poder, se produce cuando el titular de la potestad -el poder público en el caso que nos ocupa- utiliza una determinada unidad jurídica, como puede ser la propia competencia, para fines distintos de los previstos en la ley. Entre abuso de poder y fraude de ley hay una diferencia de grado: el abuso de poder se produce de forma tosca y la apreciación de su existencia es, por eso relativamente fácil. No es este el caso del fraude de ley que se produce mediante el empleo de técnicas que, en ocasiones, son de una sutileza tan extremada, que resulta muy difícil -a veces imposible- detectarlo y, en su caso, probar que, efectivamente, se ha producido.*

Esto explica que no abundan en la jurisprudencia sentencias que declaren la existencia de desviación de poder en actuaciones administrativas. Y no está de más advertirlo



porque con más frecuencia de lo que fuera deseable, se tiende a ver en esas desestimaciones una manifestación de un mal entendido respeto por el impresionante poder de las Administraciones públicas. No hay tal. Es la misma dificultad de acreditar la existencia de un fin ilegítimo arropado con el disfraz del fin previsto en la ley lo que hace siempre inusuales las declaraciones de existencia de este vicio, y, muy particularmente, en el ámbito de lo contencioso-administrativo."

Traemos a colación por su claridad la STS del 17 de Noviembre del 2009 (Rec. 60/2008): " Como dice el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción "la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder . Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo sobre la concurrencia de ese vicio expresa que el mismo concurre cuando la Administración en el ejercicio de potestades administrativas que le son propias, y no sólo las discrecionales, usa las mismas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, y para apreciarlo ha de desprenderse su existencia de actos comprobados de los que pueda deducirse la intencionalidad desviada hasta formar en el Juzgador la convicción de su concurrencia, teniendo en cuenta el principio de legalidad de los actos administrativos, como presunción iuris tantum de que la Administración actúa siempre de buena fe y con arreglo a Derecho. Por tanto la desviación de poder no exige, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena de su existencia, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable."

En particular a la hora de precisar la prueba útil, la STS de 13 de Junio de 2000 (rec.5571/1994) señala que "En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1.987 ".



Asimismo, la vertiente psicológica o subjetiva inherente a quien perpetra la desviación de poder es subrayada por la STS del 08 de Octubre del 2002 (Rec. 4179/1998 *"la apreciación de este vicio requiere, no ya la simple confrontación con la regla de derecho, de los elementos objetivos del acto, como en la infracción del Ordenamiento Jurídico, sino la investigación de las intenciones subjetivas del agente público, para determinar si existe coincidencia entre el fin contemplado por la Ley y perseguido con la actuación administrativa, que habrá de ser puesto de relieve por esa indagación de los móviles psicológicos de su autor, de su adecuación al fin."*)

SEXTO.- Pues bien, descendiendo al caso de autos, señalaremos que la Sala se forja la convicción de la existencia de desviación de poder en cuanto a la actuación de la Comisión de Valoración en relación con la prueba relativa a la valoración del Proyecto Técnico.

Esta conclusión la obtenemos de la valoración de un panorama indiciario convergente:

6.1 En primer lugar, la falta de motivación es clamorosa. No estamos ante una ausencia de aplicación de un baremo reglado o una justificación ambigua. Sencillamente estamos ante un baremo consentido pero altamente cuestionable porque encierra tres cheques en blanco (Calidad, Contenido, Adecuación) que abren la puerta a la arbitrariedad, lo que encarecía robustecer la motivación. En efecto, la parca referencia del Acta de la Comisión a que el adjudicatario "abordó los problemas y solución de hecho mas concreto y adaptado a los objetivos señalados en la convocatoria" es una motivación vacía, o si se quiere, convierte en juego de adivinanzas en qué extremo el Proyecto del adjudicatario o su exposición merece mayor valoración que el del apelante. Recordemos que estamos ante la selección de una Jefatura de Servicio de un Hospital público y este epígrafe es determinante por lo que los simples guarismos de calificación con una rituarial referencia a la mayor bondad del Proyecto del adjudicatario (o su presentación) nada dicen ni aclaran sobre la razón de la superior valoración. Si el baremo del Concepto "Proyecto Técnico" presenta tintes de ambigüedad al diferenciar subconceptos afines y conexos (calidad; contenido; adecuación), su aplicación y explicación por la Comisión resulta inaccesible a los profanos y a esta Sala.

Corresponde a la Comisión por su especialización e inmediatez hacer un esfuerzo serio, riguroso, elocuente y claro de ofrecer las razones que avalan la puntuación de uno y otro Proyecto en cada uno de los conceptos o perspectivas. Es lo menos que se tiene derecho a exigir por los aspirantes y lo que la sociedad debe exigir a los miembros de una Comisión que tienen obligación de actuar en su cargo con arreglo a los principios de igualdad, objetividad y motivación (art.55 EBEP).

En particular la propia convocatoria incorporaba un Anexo V con el Plan de Objetivos para el puesto, y que se articulaba con una extensa Guía de indicadores de objetivos para elaborar el proyecto técnico, de manera que bien podía la CTE efectuar un cotejo de éstos con cada Proyecto y su defensa. En cambio, se optó por un silencio de motivación que resulta cómplice de la indefensión generada al recurrente en la instancia.



6.2 También se alza como indicio de la desviación de poder el hecho determinante consistente en el contenido objetivo del propio Proyecto técnico. Pues bien, el simple cotejo de los aportados por el Sr. C. y el Sr. B., en su simple contenido y estructura demuestra, tal y como expuso la demanda y se reiteró en apelación, que el Proyecto Técnico del Dr. C. incluye Bibliografía, comparación con hospitales y un amplio anexo de datos numéricos, mientras que el aportado por el Dr. B. carece de Bibliografía, comparación con hospitales y un exiguo anexo de datos. Asimismo es un dato significativo sin explicación razonada vertida en autos o en el expediente (ni en la contestación a la demanda), el que solo el Proyecto del Sr. B. cuenta con anotaciones a mano (pags.41, 81 y 87).

No somos quien para valorar el contenido intrínseco del Proyecto pero en esas condiciones básicas y objetivas de presentación el que la Comisión despache la valoración diferencial con el dato numérico de la puntuación constituye un indicio que refuerza la desviación de poder.

6.3 Asimismo no puede ignorarse el dato de la opción de la convocatoria por imponer la perentoria presentación de documentación (currículos y memoria) en el plazo de tan solo quince días, circunstancia por sí sola insuficiente para apreciar desviación de poder pero que junto a los restantes, apunta a una situación de celeridad que propicia improvisar la documentación en situación propia de que la suerte ya esté echada de antemano. En efecto, es llamativa una convocatoria cuyo Anexo I incorpora una Base Segunda que impone en quince días presentar a los interesados la documentación identificativa, el curriculum y el proyecto técnico relacionado con la gestión del servicio bajo las rigurosísimas exigencias del Anexo V y con la advertencia de que este "será presentado necesariamente con la solicitud y no será en ningún caso, susceptible de subsanación posterior". Todo ello en relación con un Servicio de una especialidad de gran relevancia y exigencias funcionales en un entorno hospitalario complejo (en fechas en que no se habían implantado materialmente la áreas sanitarias). En suma, aquí sí que se aprecia una conculcación de la regla de proporcionalidad entre requisitos y carga documental que coadyuva a la prueba de la desviación de poder dada la incongruencia entre el elevado objetivo de la convocatoria (seleccionar el más idóneo para tan crucial puesto) y el plazo efímero para hacer acopio y presentación de la documentación que sustentaría la selección.

6.4 A todo ello se suma la notoriedad de la condición académica y profesional de los aspirantes en liza que abona el que la valoración del Proyecto se ha sustentado en prejuicios y datos sobre los mismos, en vez de las bondades o defectos del Proyecto (el Sr. C., Catedrático de Cirugía General y del Aparato Digestivo en Santiago de Compostela y Jefe de Sección; el Sr. Varo, Profesor Titular y Jefe de Sección; y el Sr. B., profesor asociado y Facultativo Especialista de Área). Este dato, que en sí mismo es positivo (que profesionales del ámbito territorial y universitario coincidan en la apetencia de la plaza) puede explicar que el desarrollo de las deliberaciones tras la presentación de los Proyectos por los aspirantes se zanjase en tan solo treinta minutos para puntuar



y levantar el Acta, celeridad que aun admitiendo que no hay relación de la duración de la deliberación con mayor acierto en su resultado, resulta sorprendente y coadyuva a la situación de posible predeterminación del resultado.

6.5 Asimismo, los criterios de valoración preestablecidos asignaban el máximo de 5 a la calidad de presentación, 10 al contenido y 15 a la adecuación del proyecto; y el Acta de 3 de Septiembre de 2010 otorga al Sr. Cancio 25,4 puntos (5 de presentación, 8 de contenido y 12,4 de adecuación) y al Sr. B. 28,25 puntos (3,8 de presentación, 9,6 de contenido y 14,8 de adecuación (folio 98 autos en que se incorpora el Acta de la CTE del 14 de Septiembre de 2010).

El resultado final ofrece un panorama indiciario ostensible de desviación de poder al contemplar que de forma tan curiosa como estadísticamente improbable, los tres aspirantes obtienen idéntica valoración en los conceptos de Currículo y de "Valoración de Dedicación exclusiva", agotando el techo de puntuación máxima posible, y será decisiva la puntuación asignada en el concepto mas subjetivo de todos, y que por esa circunstancia, debía ir acompañado de una motivación explícita y razonada de su resultado: el de "Valoración del Proyecto Técnico".

Así apreciamos la existencia de desviación de poder (arts.63.1 Ley 30/1992 y 83.3 LJCA) en los miembros de la Comisión de Valoración al tiempo de valorar la tercera prueba, en cuanto a existencia de un designio de ejercer la potestad de valoración para una finalidad desviada, la de postergar a un candidato (Sr. C.) y primar a otro (Sr. B.), para lo cual se apartó de pautas objetivas y eludió una motivación clara, explícita y razonada de la prueba relativa al Proyecto Técnico. Y ello sin que tengamos elementos de prueba para poder aventurar las razones personales que a cada uno de ellos les llevó a tal conducta para usar la potestad evaluadora para finalidades distintas al mérito y capacidad objetiva, y por tanto, sin poder determinar si fue debida a iniciativa propia, por simpatía con los otros vocales, por sugerencia externa o de superiores u otra circunstancia, por lo que la tacha de imparcialidad se agota en esos vocales y no a terceros.

SÉPTIMO.- Sobre las consecuencias del vicio de desviación de poder hemos de efectuar una doble precisión. De un lado, que la desviación de poder no es vicio de nulidad de pleno derecho, sino de anulabilidad (art.62 Ley 30/1992). De otro lado, que la estimación de la desviación de poder no quiere decir que deba necesariamente otorgarse la plaza al indebidamente postergado. Finalmente hemos de subrayar una consecuencia colateral de la estimación de la desviación de poder en cuanto lastra de parcialidad a los responsables.

En efecto, en los casos de la pura falta de motivación de la potestad discrecional, nos sitúa ante un vicio objetivo en cuanto a la falta de inserción y precisión de las razones de la valoración, la exigencia de justicia se satisface con la devolución a la Comisión o Tribunal para que lleve a cabo lo que antes no hizo.



En cambio en los casos en que la falta de motivación de la potestad discrecional se cualifica por un origen subjetivo vinculado a la estimación de desviación de poder (que comporta una voluntad íntima y consciente de los miembros de la Comisión de utilizar la potestad de valoración para una finalidad torcida o desviada), la exigencia de justicia se satisface con la nueva motivación pero que deberá proceder de una nueva Comisión o Tribunal pues la parcialidad ha sido judicialmente zanjada al ir implícitamente anudada a la desviación de poder; y en esta segunda hipótesis que es la que nos ocupa en el caso de autos, al tratarse de una prueba que fue expuesta ante el Tribunal de imparcialidad comprometida, se impone repetir la misma ante el nuevo Tribunal. No así las restantes pruebas de valoración ya que, no solo no se aprecian elementos desviados en aquéllas, sino que es al tiempo de evaluar el Proyecto Técnico cuando se manifiesta y actúa la voluntad de zanjar la convocatoria para finalidades ajenas a la de seleccionar el más idóneo.

OCTAVO.- En consecuencia, hemos de estimar la pretensión subsidiaria del recurso de apelación formulado por el Sr. C. y referido a la nulidad del procedimiento con nombramiento de otra Comisión Evaluadora, en relación con la prueba de valoración del Proyecto Técnico. Y esta medida nos resulta obligada, no tanto por existir o no vicios de abstención y/o recusación de los miembros de la Comisión (que por lo expuesto no concurren en los términos legalmente establecidos), sino sencillamente porque el estigma de apreciar una desviación de poder coloca a cada miembro de la Comisión bajo la censura de haber actuado con un designio malicioso preconcebido, de manera que si la retroacción fuese sencillamente para incorporar la motivación sería un simple reto para reconstruir una motivación artificiosa con el marchamo de la sentencia (coloquialmente "vestir el santo"), finalidad que el Ordenamiento Jurídico no ampara. En suma, la desviación de poder que apreciamos en los miembros de la Comisión de Valoración se alza en un motivo de abstención sobrevenido y conocido en virtud de lo declarado probado en esta Sentencia.

De ahí, que por la Administración debe nombrarse otra Comisión no integrada por ninguno de los miembros titulares o sustitutos que han intervenido de forma efectiva en el procedimiento selectivo, y teniendo en cuenta una triple exigencia:

- a) Se respetará su cualificación y normativa reguladora de la composición, cuyos miembros podrán tener o no vinculación jerárquica con cargos públicos del ámbito sanitario autonómico, y debiendo aplicarse la Orden de 24 de Mayo de 2006 sobre régimen de provisión de puestos del SERGAS, y solamente en caso de probada imposibilidad material o jurídica de su aplicación, el nombramiento de la Comisión deberá recaer en personas con similar condición profesional, cualificación y especialización.
- b) Se notificará su nombramiento a los aspirantes con el fin de que puedan formular en el plazo que se indique posibles motivos de recusación, que no podemos ni debemos prejuzgar ahora.
- c) Se llevará a cabo ante la nueva Comisión la tercera prueba, previo llamamiento a los tres aspirantes (Sres. Varo,



Montalvo y C.) y para valorar el Proyecto presentado en su día. Se aplicará el mismo baremo predeterminado y consentido, pero mediante evaluación motivada del concepto meritorio relativo a la "Valoración del proyecto técnico" y exponiendo la valoración correspondiente a cada factor calidad de presentación, contenido y adecuación), debiendo extremarse el razonamiento de cada uno de estos tres extremos en relación con el Proyecto de cada aspirante en relación con los objetivos de la convocatoria, que constituye el contexto que da sentido al proceso selectivo. A tal fin el Acta de la Comisión plasmará tal motivación.

Por lo expuesto, hemos de estimar el recurso de apelación formulado por el Sr. C. con el alcance indicado y referido exclusivamente a la pretensión subsidiaria, de manera que se revoca la sentencia apelada en cuanto la invalidez debe ir más allá de la necesaria motivación de la valoración del Proyecto (cuestión zanjada espléndidamente por la sentencia apelada) sino a la necesaria valoración del Proyecto por una nueva Comisión Técnica al apreciar en esta instancia el vicio de desviación de poder.

Asimismo, se desestima el recurso de apelación formulado por la Xunta de Galicia con el análisis y detalle anteriormente expuesto relativo a la falta de motivación de la valoración del Proyecto Técnico.

NOVENO.- Cada parte correrá con sus propias costas.
Vistos los preceptos de general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D. MIGUEL ANGEL C. FERNÁNDEZ, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM.1 DE SANTIAGO DE COMPOSTELA DE FECHA 27 DE MARZO DE 2013 (P.A.329/11) POR LA QUE SE ESTIMÓ PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR D. MIGUEL ÁNGEL C. F.CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 14 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA GERENTE GENERAL DEL CHUS QUE RESOLVIÓ LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA PROVISIÓN DE PLAZA DE JEFE DE SERVICIO DE CIRUGÍA GENERAL Y APARATO DIGESTIVO A FAVOR DE D. MANUEL PEDRO B. M..

LA ESTIMACIÓN SE LIMITA A LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DEL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR EL SR.C. Y REFERIDO A LA NULIDAD DEL ACTO IMPUGNADO, CON LA NECESARIA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES PARA EL NOMBRAMIENTO DE OTRA COMISIÓN TÉCNICA DE EVALUACIÓN, CON EL FIN DE QUE VALORE LA PRUEBA DE VALORACIÓN DEL PROYECTO TÉCNICO, PREVIA EXPOSICIÓN Y DEFENSA DE LOS ASPIRANTES ANTE AQUÉLLA, CON ULTERIOR DELIBERACIÓN Y LEVANTAMIENTO DE ACTA RAZONADA DE LA VALORACIÓN DE CADA SUBCONCEPTO SEGÚN LOS TÉRMINOS EXPUESTOS EN EL FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO.

DESESTIMAR LAS RESTANTES PRETENSIONES DEL APELANTE

DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA XUNTA DE GALICIA.

CADA PARTE CORRERÁ CON SUS RESPECTIVAS COSTAS.



Notifíquese a las partes y, entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal BANESTO-(1570-0000-85-0288/13-24), 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.

PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por el Magistrado Ilmo. Sr. **DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA**, al estar celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe.-