



Roj: **STSJ GAL 4181/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:4181**

Id Cendoj: **15030330012018100318**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **37/2018**

Nº de Resolución: **365/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **FERNANDO SEOANE PESQUEIRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1 A CORUÑA

SENTENCIA : 00365/2018

Ponente: D. Fernando Seoane Pesqueira

Recurso: Recurso De Apelación 37/2018

Apelantes: Concello de **Ourense**, D. Luciano

Apeladas: D. Martin , D. Maximo , D^a. Josefa , D. Nazario , D^a. Leonor , D^a. Lourdes , D^a. Luz , D. Raimundo y D. Remigio .

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^a. Blanca María Fernández Conde

D^a. Dolores Rivera Frade

A Coruña, a 19 de septiembre de 2018.

El recurso de apelación 37/2018 pendiente de resolución ante esta Sala, fue promovido por el Concello de **Ourense**, representado por el procurador D. Jorge Bejerano Pérez, y dirigido por la letrada D^a. Rosa María Vázquez Fernández, así como por D. Luciano , representado por el procurador D. Ramón de Uña Piñeiro y dirigido por el letrado D. Enrique Antonio Álvarez Santana, contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2017, dictada en el Procedimiento Abreviado 46/2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 2 de los de **Ourense**, sobre función pública, siendo partes apeladas D. Martin , D. Maximo , D^a. Josefa , D. Nazario , D^a. Leonor , D^a. Lourdes , D^a. Luz , D. Raimundo y D. Remigio , representados por la procuradora D^a. María Irene Cabrera Rodríguez, dirigidos por el letrado D. Rafael Rossi Izquierdo.

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: "*ESTIMAR el recurso contencioso administrativo presentado por D. Maximo , D. Martin , D^a. Leonor , D. Nazario , D^a. Josefa , D^a. Lourdes , D^a. Luz , D. Raimundo Y D. Remigio , contra ladesestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto por los actores el cuatro de agosto de 2016, frente al Decreto de la Concelleira de Recursos Humanos de la Corporación de siete de julio de 2016, por la que*



se resuelve nombrar a D. Luciano , como **Jefe de servicio** de Recursos Humanos del Concello de **Ourense**, declarando la nulidad del referido Decreto así como el nombramiento de D. Luciano y toma de posesión.

Las costas de la parte actora serán satisfechas por la Administración demandada, señalándose como límite máximo de la condena en costas, por los honorarios de abogado, la suma de 235 euros."

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.-

Don Maximo , doña Josefa , don Martin , doña Leonor , doña Lourdes , don Nazario , doña Luz , don Raimundo y don Remigio , todos ellos concejales electos en el Concello de **Ourense**, impugnan la desestimación presunta del re curso de reposición deducido frente al Decreto de la Concelleira de Recursos Humanos del Concello de **Ourense** de 7 de Julio de 2016, por el que se resuelve nombrar a don Luciano **Jefe de Servicio** de Recursos Humanos del mencionado Concello.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de **Ourense** estimó el recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad del referido Decreto así como del nombramiento de don Luciano y toma de posesión.

Frente a dicha sentencia interponen recurso de apelación el codemandado don Luciano y el demandado Concello de **Ourense**.

En el suplico del escrito de formalización del recurso de apelación el señor Luciano solicitó: 1º Que se desestime el recurso contencioso- administrativo, 2º Subsidiariamente que se acuerde la retroacción de las actuaciones y del expediente administrativo al momento anterior a la baremación de todos los aspirantes para que realice una nueva valoración de los apartados de antigüedad y el trabajo desarrollado , aplicando idéntico baremo a todos los candidatos y motivando la puntuación de los demás apartados, 3º Subsidiariamente se acuerde la retroacción de actuaciones para el nombramiento de otro tribunal con el fin de que realice una nueva valoración de los méritos de los aspirantes.

La defensa del Concello de **Ourense** interesó en su escrito de apelación la desestimación del recurso contencioso- administrativo.

Examinaremos en primer lugar este segundo recurso de apelación debido a que se insiste en primer lugar en la alegación de un motivo de inadmisibilidad, cuyo acogimiento podría impedir el análisis del fondo del asunto.

SEGUNDO : Recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Ourense: examen de la alegación de vulneración de los artículos 69.e y 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.-

En primer lugar alega este apelante que la sentencia ha vulnerado los artículos 69.e y 128.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa (erróneamente argumenta que este último precepto es de la Ley 30/1992), argumentando que no cabe entrar a analizar vicios de anulabilidad de unas bases que han devenido firmes y consentidas en el recurso interpuesto frente al nombramiento, por lo que la sentencia ha admitido y estimado un recurso extemporáneo frente a las propias bases, ya que los recurrentes, concejales de la Administración demandada, y los aspirantes no elegidos, dejaron que ganaran firmeza al consentirlas por no impugnarlas.

Esta alegación no puede ser acogida porque la moderna jurisprudencia permite que las bases sean impugnadas con ocasión del recurso presentado frente a la decisión final del proceso selectivo cuando incurren en nulidad de pleno derecho o vulneración de derechos fundamentales.

Paradigma de esta última tendencia es la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, en el recurso de casación 2586/2005 , de la que se deduce que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de impugnar a posteriori las bases cuando se trata de un acto nulo de pleno derecho, añadiendo que conlleva el supuesto de violación de derechos fundamentales, permitiendo la impugnación en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio ilegal para quien no tiene la obligación de soportarlo, como es este el caso. Conforme a la necesidad general reconocida por el TS respecto de este último requisito, estima el Tribunal que permitir tal circunstancia supondría una conculcación de los derechos



fundamentales de la recurrente, quien estaría soportando un perjuicio que no tiene el deber de arrostrar y supondría perder la plaza que por Derecho le corresponde.

Se declara en dicha STS 22/5/2009 :

" En consecuencia, aunque se admite que las Bases de un proceso selectivo no son un reglamento y en consecuencia no son susceptibles de ser impugnadas indirectamente, si que forman parte del proceso selectivo que culmina con la resolución de este, y aunque no puedan ser impugnadas en la medida en que sean legales, tampoco la falta de impugnación de este acto sana o puede ser un impedimento para la impugnación del acto resolutorio del proceso selectivo, que sólo lo será en la medida en que fueran las bases conformes con el ordenamiento jurídico " .

Análoga declaración se contiene en la STS de 6 de junio de 2012 (recurso de casación 738/2011), en cuyo fundamento de derecho sexto se declara:

" ... además de la sentencia de 4 de mayo de 2010 rec. 4505/2006 que cita la recurrente, en la sentencia de 5 de julio de 2011 rec. 416/2010 hemos recordado que "la jurisprudencia de la Sala en determinadas ocasiones ha admitido la impugnación, a través de los actos de aplicación, de las bases no recurridas en su momento, aunque esa posibilidad se ha aceptado solamente a título de excepción en aquellos casos en que era evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia (sentencias 107/2003 del Tribunal Constitucional y entre las de esta Sala de 25 de febrero de 2009 (casación 9260/2004), entre otras). Fuera de tal hipótesis, el criterio es el contrario ."

En el mismo sentido se han expresado las STS de 25 de marzo de 2015 (RC 479/2014) y 6 de julio de 2015 (RC 674/2014).

Esta misma Sala y Sección se pronunció en el mismo sentido en la sentencia de 29 de enero de 2014 (recurso de apelación 354/2013).

Por otra parte, pese a que este apelante parece poner en cuestión la legitimación de los concejales recurrentes, está admitida, expresamente para asuntos de personal del **Ayuntamiento**, en las sentencias 173/2004 y 108/2006 del Tribunal Constitucional.

Haciendo supuesto de la cuestión esta apelante parte de que no concurre causa alguna de nulidad de pleno derecho en dichas bases que permita apreciar la excepcionalidad de la impugnación, pero precisamente ello es lo que ha de analizarse seguidamente, de modo que resultaría paradójico que se acogiese aquel motivo de inadmisibilidad que impidiera el análisis del fondo.

En todo caso, conviene aclarar que en la sentencia apelada se está acogiendo tanto la pretensión de impugnación de las bases de la convocatoria, como la referida a la aplicación e interpretación de las bases por parte del tribunal y la existencia de desviación de poder.

TERCERO : Continuación del recurso de apelación del Ayuntamiento de Ourense: examen de la alegación de vulneración de los artículos 62.1 y 63 de la Ley 30/1992 .-

Este apelante muestra su disconformidad con las consideraciones del fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada, de acuerdo con las cuales las bases vulnerarían el principio de igualdad consagrado en los artículos 14 y 23 de la Constitución española .

En dicho fundamento de derecho segundo el juzgador "a quo" trata de la valoración del trabajo desempeñado y antigüedad, que se recoge en la base quinta, apartados 2 y 4, de las bases específicas del concurso de méritos para la cobertura del puesto de **jefe de servicio** de Recursos Humanos del Concello de **Ourense**, aprobadas por Decreto de la concejalía de Recursos Humanos de 13 de enero de 2016.

La base quinta, apartado dos, establece:

" 2. Valoración del trabajo desarrollado

Se valorará hasta un máximo de 3,00 puntos el trabajo desarrollado en los últimos 5 años. La valoración de cada puesto de trabajo se efectuará con independencia del carácter de ocupación del puesto.

2.1. Puestos de trabajo desempeñados en el grupo A1/A2 con nivel de complemento de destino igual o superior al 26, desempeñados en el Ayuntamiento de Ourense: 0,065 puntos por mes.

2.2. Puestos de trabajo desempeñados en el grupo A1/A2 con nivel de complemento de destino igual o superior al 26, desempeñados en otras Administraciones locales: 0,055 puntos por mes.

2.3. Puestos de trabajo desempeñados en el grupo A1/A2 con nivel de complemento de destino igual o superior al 26, desempeñados en otras administraciones públicas: 0,045 puntos por mes " .

Por otro lado, el apartado cuatro de la base quinta dispone que:

" 4. Antigüedad: Se valorará los **servicios** prestados en la administración, por años completos o fracción superior a 6 meses, hasta un máximo de 4 puntos. La prestación de **servicios** como personal eventual no constituirá mérito para la valoración de la antigüedad.

4.1. En el **Ayuntamiento de Ourense**, 0,50 puntos.

4.2. Otras administraciones públicas, 0,25 puntos ".

El juzgador de primera instancia considera que dicha forma de baremación es nula de pleno derecho, en cuanto que privilegia y establece una diferente puntuación para los aspirantes en función de la Administración en la que hubiesen prestado sus **servicios**, lo cual carece de justificación alguna, salvo que sea para favorecer a determinadas personas o trabajadores del Concello, y añade que no se ofrece ninguna explicación para amparar tal criterio de valoración, ni por qué el hecho de haber desempeñado funciones en el Concello de **Ourense** capacita mejor a un aspirante para el desempeño de la Jefatura de Recursos Humanos, que a otro que haya ejercido las mismas funciones en otra Administración pública.

En la sentencia apelada se añade como crítica a dicha base que se valoran todos los puestos de trabajo desempeñados por el mero hecho de que los puestos ocupados hayan sido del grupo A1/A2, convirtiendo en una cuestión irrelevante el que las funciones que hayan desarrollado en ellos tengan poco o nada que ver con las del puesto ofertado.

Este apelante alega, en relación con la base quinta, apartado cuarto, en primer lugar que dicha previsión no beneficia al codemandado, sino todo lo contrario, dada su condición de funcionario de carrera de otra Administración Pública (Diputación provincial de **Ourense**), en segundo lugar, que ninguno de los aspirantes formuló objeción a la diferenciación que establecían las bases, por lo que no han sido vulnerados sus derechos ni se les ha causado indefensión, pues todos los aspirantes conocían las bases y al presentarse al concurso las aceptaron, y en tercer lugar, que para el supuesto de que se confirmase la sentencia del Juzgado y la puntuación asignada por los **servicios** prestados para el Concello de **Ourense** y otras Administraciones Públicas fuese idéntica, el resultado final permanecería invariable, toda vez que el codemandado superaría igualmente en puntuación a los demás aspirantes.

Tales alegaciones no pueden ser acogidas por varios motivos: 1º La fiscalización jurisdiccional de aquella base no se refiere sólo a la antigüedad sino también a la valoración de los **servicios** prestados, a cuyo apartado se dirige principalmente la crítica de la sentencia apelada, 2º Si concurre el vicio de nulidad de pleno derecho de la base resulta indiferente que se genere o no indefensión, porque el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 prevé dicha invalidez más radical al margen de aquella, ya que sólo tiene relevancia en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 para el caso de existencia de vicio de anulabilidad, 3º En todo caso, la valoración de los **servicios** en función de la Administración para la que se prestaron ha sido declarado contrario a los principios de mérito y capacidad en las sentencias de 30 de junio de 2008 y 15 de julio de 2015 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y en la de 5 de febrero de 2014 de esta Sala y Sección, 4º Hay que tener en cuenta que en la sentencia apelada se incide sobre todo en la ausencia de exigencia en la base de relación entre el trabajo efectivamente desempeñado y el puesto ofertado de jefatura de **servicio** de recursos humanos, y 5º Resulta significativo que el propio codemandado se ha mostrado conforme con la nulidad de esta base.

La defensa del Concello de **Ourense** critica en su apelación la declaración, por la sentencia apelada, de nulidad de la mencionada base por no tener en consideración que las funciones desempeñadas tengan relación con las del puesto ofertado.

En concreto, argumenta este apelante que la base 2ª se remite a la ficha número 22 de la Relación de puestos de trabajo para el año 2014, en la que se incluyen las características del puesto en litigio así como los requisitos exigibles para su provisión.

Añade este apelante que dicha ficha fue aprobada por un equipo de gobierno distinto al actual, del que formaban parte integrante algunos de los demandantes, estableciendo la misma para el puesto de que se trata:

Grupo Escala: A1/A2 Administración general/Administración especial

Subescala: Técnica Clases: Superior

Y al fijar los requisitos de desempeño del puesto dispone:

Formación específica: ninguna Requerimientos específicos: ninguno

Otros requisitos: disponibilidad ocasional para la realización de un trabajo no habitual.



De ello deduce el Concello de **Ourense** que, al no exigir la ficha ninguna formación específica, es congruente con tal ficha la base quinta, apartado segundo, de la convocatoria, que valora hasta un máximo de 3 puntos el trabajo desarrollado en los últimos cinco años, especificando que dicha valoración se efectuará con independencia del carácter de ocupación del puesto, con lo cual entiende el Concello de **Ourense** que se desmontan las consideraciones que llevan al juzgador de primera instancia a ponerla en tela de juicio y que el tribunal calificador se ha limitado a dar cumplimiento estricto al mandato contenido en las bases.

La anterior alegación ha de ceder en caso de que el mérito que se valore sea radicalmente contrario a lo que la normativa legal impone, pues resultaría absurdo y contrario a Derecho que hubiera de mantenerse un mérito por el simple hecho de figurar en una relación de puestos de trabajo pese a que conculcase lo que la legalidad exige.

Ello es lo que ocurre en el caso presente, en el que la ausencia de exigencia de vinculación entre el mérito de trabajo efectivamente desempeñado y las funciones del puesto a que se refiere la provisión, en este caso el de jefatura de **servicio** de recursos humanos del Concello de **Ourense**, infringe abiertamente lo recogido en los artículos 91.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (su artículo 7 recoge la aplicación de esta norma al personal funcionario al **servicio** de las entidades locales gallegas), vigente en el momento de la convocatoria, y 10 del Decreto autonómico 93/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo y promoción de los funcionarios de Galicia.

Así, después de que el apartado 1 del artículo 91 de la Ley 2/2015 dispone que las jefaturas de **servicio** se proveerán por concurso específico, en el apartado 3 del mismo precepto establece que este sistema consiste en la valoración de los méritos y las capacidades, conocimientos o aptitudes determinados en cada convocatoria, y *relacionados con el puesto de trabajo a proveer*, de modo que no cabe la desvinculación de los méritos y el puesto a proveer.

Por su parte, el artículo 10.1.a del Decreto 93/1991 impone que se valoren los méritos específicos *adecuados a las características de cada puesto* que se determinen en las respectivas convocatorias.

En congruencia con ello, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero y 15 de septiembre de 2014, en las que se niega el carácter de disposiciones de carácter general a las relaciones de puestos de trabajo, argumentan que el estatuto funcional viene integrado por la Ley y sus distintos Reglamentos de desarrollo, siendo la configuración del puesto de trabajo definida en la RPT la singularización del supuesto de hecho de aplicación de dichas normas externas, de modo que la RPT debe acomodarse a la normativa vigente en cada momento reguladora de aquel estatuto.

Desde el momento en que el vicio que afecta a las bases es tan notorio y conculca lo recogido en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de dar lugar a la nulidad de pleno derecho por el cauce del artículo 62.1.a de la Ley 320/1992 (hoy 47.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), por lo que la Sala coincide en este aspecto con la apreciación de la sentencia apelada.

Cabe añadir que resulta llamativo que las bases para este puesto han sido diferentes a las de otras catorce jefaturas de **servicio** del mismo Concello, siendo así que estas últimas han superado recientemente la fiscalización jurisdiccional tanto en la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de **Ourense** de 22 de enero de 2018 como en la de esta Sala y Sección de 11 de julio de 2018 (recurso de apelación 126/2018).

En esta última sentencia ya se marcaron las sustanciales diferencias entre uno y otro proceso selectivo al argumentar en ella:

*" ... las invocaciones que se hacen a procesos de provisión previos, como el que dio lugar al nombramiento en julio de 2016 del jefe de **servicio** de recursos humanos del mismo Concello (con sentencia estimatoria de 3 de octubre de 2017 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de **Ourense** en el procedimiento abreviado nº 46/2017), han quedado desacreditadas en la sentencia apelada, al trazar las marcadas diferencias entre uno y otro proceso, pues la desviación de poder que se apreció en ese caso anterior tenía unas peculiaridades muy específicas, al adjudicarse a un licenciado en farmacia un puesto de contenido esencialmente jurídico, y además ser el adjudicatario persona estrechamente vinculada al mismo partido político del equipo de gobierno municipal "*

CUARTO : Continuación del recurso de apelación del Ayuntamiento de Ourense: examen de la alegación relativa a la motivación de los actos y desviación de poder.-



Este apelante critica que la sentencia apelada atribuya a la actuación del tribunal calificador una desviación de poder que entiende que está predicando de las bases, porque es en éstas donde se contienen los elementos reglados o criterios de decisión.

Seguidamente se realiza por el apelante una crítica de cada argumento que se contiene en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, bajo el epígrafe relativo a la desviación de poder.

Recuerda la defensa del Concello de **Ourense** que al detallar la génesis del puesto, en la sentencia apelada se hacía hincapié en que con anterioridad al presente se había tramitado un recurso contencioso-administrativo sobre este mismo puesto de **jefe de servicios** de recursos humanos frente a la adjudicación, en comisión de **servicios**, a don Porfirio , que finalizó por sentencia de 14 de diciembre de 2015 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de **Ourense** , en la que se resaltó el perfil jurídico de dicho puesto, hasta el punto que resultaba decisivo el carácter de licenciado en Derecho del candidato seleccionado frente a los demás (ingeniero y pedagogo), habiendo sido confirmada dicha resolución por la sentencia de 22 de diciembre de 2016 de esta Sala y Sección, en la que nuevamente se destacaba que el perfil del adjudicatario, "evidentemente más jurídico", se ajustaba más a las exigencias de funcionamiento y desempeño de la plaza convocada.

Este apelante incide en que en ese precedente se enjuiciaba un caso concreto, pero no significaba que dichas sentencias determinasen que cuando el puesto se cubriese de forma definitiva tenía que ser por un funcionario de perfil jurídico, argumentando que no se les podía atribuir efecto de cosa juzgada, ni las consideraciones vertidas en aquellas sentencias vinculaban a la Administración Pública, porque no se modificó la ficha ni se obligó a que cuando se convocase de forma definitiva el puesto fuese cubierto por licenciado en Derecho, siendo así que la RPT de 2008, que contenía tal exigencia, fue modificada en 2009 en el sentido de que no era necesario poseer ninguna titulación específica.

No merece mejor suerte la anterior argumentación, pues la sentencia de 22 de diciembre de 2016 de esta Sala y Sección (recurso de apelación 86/2016) analizaba precisamente el mismo puesto de que ahora se trata, resaltando su perfil eminentemente jurídico, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que uno de sus cometidos esenciales es gestionar la compleja problemática y conflictividad existente en el **Ayuntamiento** en materia de personal, al margen de que en la ficha nº 22 de la RPT no se exija para su cobertura una titulación específica.

Nada consta que se haya alterado desde el análisis que se realizó en el anterior procedimiento, por lo que las apreciaciones contenidas en aquella anterior sentencia son íntegramente trasladables a la presente, sin necesidad de que se haga aplicación de la institución de la cosa juzgada, siendo así que sus efectos se derivan del pronunciamiento que en la sentencia se contiene, no de sus razonamientos jurídicos.

Por ello, si bien es cierto que puede ser admitido como aspirante un licenciado en Farmacia (la RPT no lo impide), resulta llamativa la adjudicación del puesto a quien posee esa licenciatura, desconectada del perfil del puesto (el examen de las competencias en el grado de farmacia, que se recogen en la sentencia apelada, son elocuentes en este sentido), frente a otros candidatos que presentan un perfil mucho más ajustado al puesto, como un licenciado en Derecho, en Dirección y Administración de Empresas o técnico de la Administración General.

En todo caso, ya hemos visto anteriormente que, con arreglo al artículo 91.3 de la Ley 2/2015 , el concurso específico consiste en la valoración de los méritos y las capacidades, conocimientos o aptitudes determinados en cada convocatoria, y *relacionados con el puesto de trabajo a proveer* , lo cual rige con primacía a la RPT, por lo que si en una sentencia firme anterior se analiza cuál es la capacidad, conocimiento y aptitud más idóneo como relacionado con el puesto a proveer, y se corresponden con determinadas titulaciones, lo lógico sería la reforma de esa RPT que no exige titulación específica, pues si tal modificación no se lleva a cabo cuando se genera un conflicto la primacía ha de caer de parte de la regulación legal, máxime desde que jurisprudencialmente se ha despojado a las RPT de la capacidad normativa que anteriormente se les reconocía.

Seguidamente alega el apelante que se desprende de la documentación que forma parte integrante del expediente administrativo del señor Luciano que está garantizado que éste tiene conocimientos jurídicos adquiridos a través de diversos cursos y masters, así como por haber opositado a la plaza de Técnico en desarrollo local y recursos europeos, grupo A, nivel 26, de la Diputación de **Ourense**.

En cuanto a la experiencia profesional acreditada con la certificación adjunta que el adjudicatario acompaña, a la vista de las funciones del puesto que se recogen en la RPT, resulta dudosa la relación del puesto de Técnico de Administración especial para el desarrollo local y recursos europeos con la jefatura de **servicios** de recursos humanos convocada.

Por lo demás, la Sala comparte el criterio del juzgador de primera instancia de que, pese a que el señor Luciano ha sido el candidato que ha obtenido la mayor puntuación en el apartado de cursos (9 puntos), no es posible



conocer qué cursos han sido valorados, siendo así que algunos no tienen las horas de duración y no podrían computarse, y los motivos por los que se ha entendido que tienen relación con el puesto convocado, cuya falta de motivación no puede suplirse por una mera operación aritmética de sumar los asignados, pues con ello quedan sin exteriorizar las razones por las que se entiende que existe conexión de tales cursos alegados con el puesto.

Nada se dice en esta apelación sobre el argumento, expuesto en la sentencia apelada, en torno a que ninguno de los 17 títulos aportados tiene relación con el área de recursos humanos ni con las funciones del puesto convocado.

En lo relativo a la memoria, nuevamente el señor Luciano es el candidato mejor valorado, al obtener 4'50 puntos, e igualmente no se ofrece justificación de tal puntuación, por lo que el juzgador de primera instancia echa en falta que se argumente por qué una determinada memoria supone un mayor grado de innovación frente a otra o se explique que un aspirante conoce mejor las funciones inherentes al puesto que otro.

Este apelante incide en que el tribunal calificador explicitó en el acta los criterios que rigieron la valoración de la memoria, y así sobre el total de 6 puntos se acordó otorgar un 20 % a la exposición de las tareas y responsabilidades fundamentales del puesto de trabajo y un 80 % a las medidas que, a juicio del aspirante, debían adoptarse para el mejor desempeño de las funciones del puesto y de la unidad o unidades administrativas dependientes y su coordinación con el resto de las unidades administrativas del Concello de **Ourense**, y que seguidamente, previa deliberación, realizó los cálculos reflejándolos en acta.

Sin embargo, en la demanda se pusieron en entredicho tales valoraciones, por lo que no puede compartirse el argumento de que no era preciso practicar prueba sobre dicho extremo, la cual debió llevarse a cabo en primera instancia, sin posibilidad de subsanación en esta alzada, de modo que no se conoce la justificación de la puntuación otorgada a la memoria de cada candidato, y esa carencia absoluta de motivación constituye una puerta abierta a la posible arbitrariedad, cuando fácil resultaba para el tribunal la explicación en función de los parámetros previamente fijados.

A continuación la defensa del Concello de **Ourense** critica la mención de la sentencia apelada a que el señor Luciano ha sido concejal del partido que gobierna durante doce años y ha ocupado diversos cargos en representación de dicho partido, así como que participó y negoció las bases generales que actualmente se encuentran en vigor.

Aduce el apelante que ello no puede ser obstáculo para acceder a un puesto de la Administración Pública, y que no puede albergarse ninguna duda sobre el buen actuar y la moralidad del tribunal calificador, que se ha limitado a tener en consideración los méritos alegados por los participantes.

Frente a ello conviene hacer hincapié en que en la sentencia apelada se han consignado tales datos como significativos en relación con la desviación de poder, y con el carácter complementario que se les asigna no pueden ser desconocidos, junto a los demás que se han destacado.

En cuanto a la condición de farmacéutico del adjudicatario, en relación con la titulación exigida, ya anteriormente hemos abordado tal cuestión, y solamente cabe añadir que, al margen de los conocimientos que haya podido adquirir el adjudicatario con posterioridad, lo cierto es que la titulación invocada choca con el perfil netamente jurídico del puesto a proveer en un concurso específico en el que el artículo 91.3 de la Ley 2/2015 conecta directamente las capacidades, conocimientos o aptitudes, con el puesto convocado.

Por último, el apelante se refiere al vicio de desviación de poder apreciado en la sentencia apelada, que el juzgador "a quo" fundó en todos los elementos que hasta aquí han sido analizados, entendiendo la defensa del Concello de **Ourense** que se vulnera la doctrina jurisprudencial constante y unívoca sobre la materia, porque se trata de una mera conjetura del juzgador, extraída en parte de sus propias opiniones subjetivas o meros juicios de valor y en parte de unos pretendidos defectos de las bases, que no del proceso de nombramiento, que aunque lo fueran realmente, todo lo más darían lugar a la anulabilidad y en ningún caso a un vicio de nulidad radical.

A medida que hemos ido analizando todos los elementos que han fundado la convicción del juzgador de primera instancia, hemos argumentado la coincidencia sustancial de la Sala con los mismos, por lo que es lógica la deducción de que la finalidad perseguida con el nombramiento no es la adjudicación del puesto a quien ha presentado mayor mérito y capacidad, de modo que no se ha adecuado el acto a los fines que han de justificar la actividad administrativa.

En este punto ha de recordarse que la jurisprudencia más reciente de la Sala 3ª ha flexibilizado el rigor en la demostración de la desviación de poder, que en tiempos pasados requería una prueba cumplida y plena,



exigiendo esta nueva corriente tan sólo acreditar los hechos o elementos que permitan al Tribunal formar su convicción, dadas las dificultades que siempre tiene la probanza de las motivaciones internas.

En este sentido se ha expresado la sentencia de 22 de mayo de 2015 (recurso de casación 2377/2013), en cuyo fundamento de derecho cuarto se declara:

" Esta Sala -así sentencias de 19 de septiembre de 1992 y 20 de noviembre de 1998 -, "ha precisado los requisitos que deban concurrir para la apreciación del vicio de desviación de poder: 1) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persiga un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; y 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, que 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 el caso presente el juzgador de primera instancia se ha acomodado a dicho novedoso criterio, exteriorizando los elementos que, a su juicio, fundan la convicción de concurrencia de la desviación de poder, habiendo coincidido esta Sala en su apreciación.

Además, todo el proceso de nombramiento ha estado precedido por las bases de la convocatoria cuyo contenido está viciado de nulidad radical, tal como hemos argumentado en el anterior fundamento jurídico.

De todo lo anteriormente argumentado se desprende que procede la desestimación de este primer recurso de apelación.

QUINTO : Recurso de apelación interpuesto por el codemandado don Luciano : análisis del primer apartado relativo a la infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad por las bases de la convocatoria.-

Buena parte de las alegaciones y argumentaciones de este segundo recurso de apelación vienen a coincidir con las esgrimidas por la defensa del Concello de **Ourense**, por lo que evitaremos las reiteraciones y abordaremos aquellos aspectos que ofrezcan peculiaridades o singularidades.

Este apelante alega que la sentencia apelada considera que las bases de la convocatoria infringen los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que determina que incurran en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero no analiza cuáles son las consecuencias jurídicas de tal circunstancia, todo ello a pesar de que el propio codemandado ya admitió en sus notas de vista que las bases adolecían de tal defecto.

Añade este apelante que no se puede obviar que las bases no forman parte de este proceso, que necesariamente viene inicialmente delimitado en el escrito de interposición, y con posterioridad fijado y concretado en el escrito de demanda, en los que se impugna el Decreto de su nombramiento como **jefe de servicio** de recursos humanos del Concello de **Ourense**, acordándose en la parte dispositiva de la sentencia apelada la nulidad del referido Decreto así como del nombramiento, lo que conlleva el mantenimiento de las bases de la convocatoria, aun con el vicio de nulidad de que adolecen, por lo que entiendo que tal circunstancias determina la necesidad de retrotraer el procedimiento al momento anterior a la baremación de todos los aspirantes bajo el dictado de lo establecido en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de primera instancia.

Con tal alegación el recurrente, en primer lugar, pese a que manifieste lo contrario, no está admitiendo la impugnación de las bases con ocasión del recurso frente al resultado final del proceso selectivo, y en segundo lugar está ignorando las apreciaciones de la sentencia apelada, en cuyo fundamento de derecho segundo se considera nulo de pleno derecho el contenido de los apartados 2 y 4 de la base quinta, referidos a la valoración del trabajo desempeñado y antigüedad.

Entrando en el primero de dichos aspectos, ya hemos analizado, con ocasión de la apelación planteada por el Concello de **Ourense**, que la moderna jurisprudencia permite que las bases sean impugnadas con ocasión del recurso presentado frente a la decisión final del proceso selectivo cuando incurren en nulidad de pleno derecho o vulneración de derechos fundamentales.

Por tanto, si uno de los motivos de la anulación de un nombramiento es que una o varias bases de la convocatoria vulneran el ordenamiento jurídico, lógicamente aquel pronunciamiento ha de conllevar necesariamente un nuevo contenido de aquellas que infringen los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que necesariamente ha de llevarse a cabo previamente a la nueva baremación de los aspirantes.



Este apelante alega que ya en sus notas de vista admitía que las bases adolecían de nulidad, por lo que resulta incongruente pretender que la nueva baremación se haga en función de esa base cuya nulidad ha sido declarada.

El último párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada es claro cuando argumenta que

" Se vulneran así los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad, contenidos en los artículos antes citados, lo que determina que las Bases incurran estos concretos apartados en la causa de nulidad prevista en el art.62.1. a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , que establece que: "1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional " .

Por tanto, no es cierto que en la sentencia impugnada no se analicen las consecuencias jurídicas de la apreciación de la vulneración de los artículos 14 y 23 de la Constitución , ya que expresamente se declara que ha de dar lugar a la nulidad de aquella base quinta, apartados 2 y 4, de la convocatoria.

Ello está directamente vinculado al segundo de los aspectos en que se manifiesta la contradicción de este recurso de apelación, puesto que no cabe examinar la sentencia apelada parcialmente y concluir que sólo acuerda la nulidad del nombramiento del señor Luciano sin más, ya que hay que tomarla en su totalidad y analizar los motivos que fundamentan tal fallo, de modo que cuando, como en el caso presente, forma parte de tal fundamentación la apreciación de nulidad de pleno derecho de una o varias bases, no bastaría con la retroacción de actuaciones al momento anterior a la baremación de los aspirantes, sino que previamente habría que dar nueva redacción a las bases que se han considerado nulas, a fin de que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad, cuya vulneración ha dado lugar a aquella nulidad.

SEXTO : Continuación del examen del recurso de apelación del codemandado don Luciano : examen de la desviación de poder.-

El juzgador de primera instancia apreció en el caso presente la existencia de desviación de poder, no ya tanto por las bases en sí mismas, sino por la actuación del tribunal a la hora de valorar los méritos de los distintos partícipes.

Entiende este apelante que la sentencia no ha sido congruente con lo solicitado, toda vez que se modifica el relato fáctico introducido en la demanda y modifica igualmente los datos indiciarios que fundan la conclusión extraída, sin hacer uso del mecanismo establecido en el artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

No cabe hablar de incongruencia en el caso presente, puesto que el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que las sentencias sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, pero no minuciosamente con el relato de aquel escrito rector, sino con lo postulado en su suplico, lo que evidentemente se ha acatado, porque se solicitaba la nulidad del nombramiento y así se ha acordado.

En relación con la incongruencia conviene recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 40/2006, de 13 de febrero , con cita de la 264/2005, de 24 de octubre , y seguida por la 44/2008, de 10 de marzo , y por la del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2013 , ha resumido la doctrina de dicho Tribunal respecto a la congruencia como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución española), en los términos siguientes:

" La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestas en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3 ; ó 174/2004, de 18 de octubre , FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio , que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las



resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE .

Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos - partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales " .

En el caso presente no se aprecia desconexión o desajuste alguno entre las pretensiones planteadas en la demanda y lo decidido en la sentencia, por lo que tampoco era necesario el empleo del mecanismo del artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, debido a que no era de apreciar la existencia de otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición.

Seguidamente este apelante entra a examinar cada uno de los datos indiciarios que la sentencia expone para deducir la existencia de desviación de poder.

El primero de los datos indiciarios es el relativo a la génesis de la plaza, que ya analizamos al estudiar la apelación del Concello de **Ourense**.

Basta poner de manifiesto que el examen del mismo puesto de trabajo de jefatura de **servicio** de recursos humanos que ya había realizado nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso de apelación 86/2016) ha de ser reiterado ahora en cuanto a su perfil eminentemente jurídico, lo que lógicamente debió ser tomado en consideración por el tribunal calificador, al margen de que la RPT no exigiera titulación específica, pues el concurso específico para la provisión del puesto imponía la conexión de las capacidades, conocimientos o aptitudes, con el puesto convocado (art. 91.3 de la Ley 2/2015). Es más, respecto a tal perfil más jurídico del puesto ha de incrementarse la exigencia cuando, como en el caso presente, se trata de la provisión definitiva, no temporal (como ocurrió en la sentencia anterior), del puesto.

Resulta evidente que tal exigencia no entraña desviación procesal alguna, la cual tiene lugar, según la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 2003, (recurso de casación 3142/2000), en caso de planteamiento de pretensiones no suscitadas en vía administrativa, o, conforme a la STS 10 de Mayo de 2010, recurso de casación 2338/2006 , en caso de discrepancia entre el objeto impugnatorio delimitado en el escrito de interposición y el objeto impugnatorio delimitado en la demanda.

El segundo dato indiciario es alterado manifiestamente en este recurso de apelación en relación con lo que se contiene en la sentencia apelada, ya que en esta se resalta la ausencia de motivación respecto a los cursos valorados, en cuanto que se ignora cómo se han podido evaluar sin tener conocimiento cierto y preciso de las materias impartidas y la duración concreta, de modo que no se pueden controlar las razones por las que el codemandado obtuvo la máxima puntuación posible en este apartado. Y lo mismo ocurre respecto a la memoria, porque tampoco se explica por qué la memoria presentada por el señor Luciano ha sido la que obtuvo mayor puntuación.

Este es el auténtico indicio constatado en la sentencia, no el simple hecho de haber sido el codemandado quien obtuvo mayor puntuación.



Al margen de ello, este apelante alega que la apreciación del juzgador "a quo" es una cuestión novedosa, que no se suscitó en el debate procesal ni se sometió a las partes por la vía del artículo 33 LJ .

Tal carácter novedoso no es de apreciar a la vista del fundamento de derecho IX de la demanda, en el que expresamente se contiene una crítica a la valoración de los cursos por su falta de relación con las funciones propias del puesto convocado.

Tampoco puede acogerse la forzada alegación de este apelante relativa a que la sentencia apelada incurre en desviación procesal e incongruencia *extra petita* debido a que los demandantes consintieron los actos de puntuación de los aspirantes, lo que impide que puedan ser posteriormente analizados.

Ya anteriormente hemos especificado cómo se interpreta jurisprudencialmente la desviación procesal y la incongruencia, de lo que se desprende que no concurren ni una ni otra por el hecho de que en la sentencia se especifique como uno de los indicios de desviación de poder la absoluta ausencia de motivación tanto respecto a los cursos valorados como a la puntuación de la memoria, lo cual deduce del examen del expediente.

La alegación del tenor de los artículos 54.2 de la Ley 30/1992 y 10.1.d del Decreto autonómico 93/1991, sobre todo este último, lejos de amparar la actuación del tribunal, sirve para poner de manifiesto que no pueden valorarse cursos que no tengan relación con el puesto ofertado, y con independencia de su contenido y duración.

En todo caso, no cabe acoger la alegación del apelante en este punto, porque ni el "Magister en xestores de desenvolvemento local" tiene conexión con las funciones del puesto convocado, recogidas en la RPT, ni el curso de "linguaxe administrativa galega" puede considerarse específico del área de recursos humanos, todo ello al margen de que la motivación a posteriori ha sido proscrita por la sentencia de 7 de marzo de 2017 de esta Sala .

Es cierto que la jurisprudencia exige la motivación específica de la puntuación cuando existe la reclamación de un aspirante (STS de 14 de julio de 2009 y 9 de mayo de 2014), pero es que en el caso presente el juzgador de primera instancia va mucho más allá en cuanto que critica que se hayan podido computar cursos en que no aparecían sus horas de duración o en que no aparecían los motivos por los que se consideraba que tales cursos tenían relación con el puesto a desempeñar, al no tener conocimiento cierto y preciso de las materias impartidas, pues en la mayoría el título ni siquiera es acompañado del programa, en lo cual necesariamente ha de coincidir la Sala, así como en la apreciación del carácter indiciario de ese relevante dato.

En lo relativo a la ausencia de motivación de la puntuación otorgada a la memoria, ha de coincidir con el criterio del juzgador de primera instancia de que se echan en falta las explicaciones relativas a los motivos por los que se otorgó a la presentada por el señor Luciano mayor puntuación que a los restantes aspirantes en función de los criterios de valoración concretados, es decir, respecto a la claridad expositiva y conocimiento de las función es del puesto (apartado a), así como en relación con los criterios del apartado b (planteamiento general y claridad expositiva, medidas de mejora propuestas, grado de innovación de las medidas de mejora y concreción y posibilidades reales de implementación de las mismas).

El tercer indicio de desviación de poder que se critica por este apelante se refiere a que el propio adjudicatario reseña en sus antecedentes personales (folio 337 del expediente administrativo) que participó y negoció las bases generales que actualmente se encuentran en vigor.

Y se critica no sólo porque se publicaron en el BOP el 18 de octubre de 2005, casi once años antes del nombramiento, sino también porque se aplican de modo subsidiario, según la base 7ª.

Sin embargo, pese a ese carácter subsidiario de las bases generales que se predica en la base 7ª, en la base 3ª se menciona su directa aplicación, poniendo de manifiesto así que pese a que se convoca un concurso específico, no existen bases específicas que ponderen los meritos directamente relacionados con el puesto convocado, tal como exige el artículo 91 de la Ley 2/2015, acudiendo a una genéricas bases en que se evalúan méritos desconectados de dicho puesto.

En todo caso, si se reseña este dato es porque ha sido el propio señor Luciano quien lo ha incluido en aquellos antecedentes personales, con lo que no hace otra cosa que llamar la atención sobre su proximidad con la confección de esas bases que han servido de pauta para su nombramiento.

El cuarto indicio que critica asimismo el apelante codemandado es el referido a que él mismo ha obtenido la máxima puntuación en aquellos apartados que no son objetivables, sino que dependen de una valoración del tribunal, como son los cursos y la memoria, y a que el adjudicatario es licenciado en farmacia.



En este punto alega el apelante que la puntuación de los cursos ha sido resultado de aplicar el baremo establecido, mientras que el hecho de que sea licenciado en farmacia es meramente anecdótico, pues lo que hay que tener en cuenta es que es funcionario de Agencia Estatal de la Administración Local (Diputación provincial) del subgrupo A1, que ha superado un proceso selectivo regulado por el Real Decreto 896/1991, que revela una adecuada formación jurídica.

Este indicio se enuncia sobre todo debido a que la ausencia de motivación sobre la puntuación de aquellos méritos que dependen del criterio del tribunal, en los que se le ha otorgado al adjudicatario la más alta valoración entre todos los candidatos, permite deducir su carácter arbitrario, en cuya apreciación nuevamente coincide la Sala con el juzgador de primera instancia.

Y la licenciatura en farmacia no resulta anecdótica en tanto que desvela las competencias específicas a las que se orientó su preparación, mientras que la superación de un proceso selectivo en el que existan unos temas comunes a todos los puestos de funcionario de carrera no revela una particular formación jurídica, siendo así que no se observa una singular relación entre el puesto de técnico de Administración especial de desarrollo local y recursos europeos y la jefatura de **servicio** de recurso humanos de un **Ayuntamiento**.

Seguidamente este apelante destaca los que denomina indicios que evidencian la inexistencia de desviación de poder sino una mera aplicación de las bases.

En este punto se alega, en primer lugar, que el señor Luciano es funcionario de la Diputación provincial de **Ourense**, en la cual tiene su antigüedad y los **servicios** prestados., por lo que si el tribunal hubiera querido beneficiarlo le hubiera bastado con la aplicación del baremo establecido para el **Ayuntamiento de Ourense**, con lo que hubiera tenido la máxima puntuación en ambos apartados.

Sin embargo, lo cierto es que obtuvo la máxima puntuación en experiencia profesional (3 puntos sobre el máximo de 3) y casi la obtuvo en antigüedad (3'75 puntos sobre 4), por lo que las bases se ajustaban a su *curriculum*.

En segundo lugar, alega este apelante que se ha desestimado la impugnación que el mismo planteó respecto a la puntuación otorgada en el apartado de grado personal, pese a que podía obtener en él 3 puntos en lugar de los 2 otorgados, por reconocimiento del grado personal 28 como consolidado.

Este dato resulta irrelevante desde el momento en que con la valoración de los restantes méritos le bastaba para obtener una ventaja inalcanzable respecto a los restantes aspirantes.

En tercer lugar, alega el apelante que se ha aplicado un baremo de valoración de cursos que le perjudicaba.

Lo cierto es que con la aplicación de dicho baremo el adjudicatario obtuvo la máxima puntuación en dicho apartado (9 sobre 9), por lo que no se puede hablar que el baremo aplicado le haya perjudicado.

En este recurso de apelación termina por hacerse una consideración sobre las consecuencias jurídicas, porque se argumenta que, con arreglo a la sentencia de esta Sala y Sección de 22 de enero de 2014, la apreciación de falta de motivación y la estimación de desviación de poder constituyen vicios de anulabilidad, no de nulidad de pleno derecho, por lo que ha de ordenarse la retroacción de actuaciones.

Sin embargo, en el caso presente no concurre solamente ese vicio, sino también la nulidad de pleno derecho de las bases que se han concretado (valoración del trabajo desarrollado y antigüedad, y no exigencia de conexión de todos los méritos con las funciones propias del puesto convocados), por lo que si meramente se ordenase la retroacción de actuaciones para una nueva valoración de los méritos de los aspirantes se ignoraría aquel vicio de nulidad radical y se efectuaría la baremación en base a las bases conculcadoras de los principios de mérito y capacidad.

Es por ello que previamente a la nueva valoración resulta imprescindible la aprobación previa de unas nuevas bases que sustituyan a las afectadas por nulidad de pleno derecho, a fin de respetar con las nuevas aquellos principios constitucionales que han de observarse y las exigencias contenidas para el concurso específico en el artículo 91 de la Ley 2/2015.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que tampoco puede acogerse este recurso de apelación.

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 a uno y otro apelante las costas de esta segunda instancia correspondientes a sus respectivos recursos de apelación, al desestimarse totalmente ambos; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.4 LJ, se fija en 1.000 euros para cada apelación la cantidad máxima en concepto de defensa de la parte apelada,



en función del trabajo y esfuerzo desplegado para dar respuesta a los motivos de apelación esgrimidos en cada uno de ellos.

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

FALLAMOS

que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de **Ourense** de 3 de octubre de 2017, **CONFIRMAMOS** la misma, imponiendo a cada uno de los dos apelantes las costas de esta alzada correspondientes a sus respectivos recursos, fijando en 1.000 euros para cada apelación la cantidad máxima en concepto de defensa de la parte apelada.

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 (1570-0000-85-0037-18), 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.