

SENTENCIA Nº 1350/2017 TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA

R. DE APELACIÓN Nº: 519/2017

ILTMOS SRES: PRESIDENTE: D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA MAGISTRADOS: D. SANTIAGO MACHO MACHO DÑA. BELEN SANCHEZ VALLEJO

En la ciudad de Málaga, a treinta de junio de dos mil diecisiete.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación, interpuesto por procurado Sr. Jiménez Rutllan y actuando en su propia defensa, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 2 de Málaga, de fecha 20 de diciembre de 2.016, y como parte apelada EL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistido por el Letrado adscrito a su Servicio Jurídico, habiendo sido parte EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Suplente D^a. BELEN SANCHEZ VALLEJO quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada en su parte dispositiva desestima el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona, número 570/2015, interpuesto por la apelante, declarando la conformidad a derecho de la resolución impugnada, en concreto, el Decreto dictado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de 24 de julio de 2015 por el que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Tribunal Calificador del proceso selectivo relativo a la Convocatoria de 3 plazas de Técnico de Administración General OEP 2014 de esa Corporación.

1

Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv9z0GQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 17/07/2017 11:04:04

SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25

FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50

MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27

ID. FIRMA

Ws051.juntadeandalucia.es

FOEEw7Unv9zGQRppeF2XQ==

PÁGINA

1/7



SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Tribunal de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, personándose en la forma que obra en las actuaciones.

TERCERO.- Desarrollada la apelación se señaló día y hora para votación y fallo, quedando las actuaciones pendientes de resolver.

<u>CUARTO.</u>- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de la presente apelación la sentencia dictada por el Juzgado número 2 de los de Málaga que acuerda desestimar el recurso interpuesto por el recurrente, que pretendía la nulidad del acto administrativo impugnado, consistente el Decreto dictado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de 24 de julio de 2015 por el que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Tribunal Calificador del proceso selectivo relativo a la Convocatoria de 3 plazas de Técnico de Administración General OEP 2014 de esa Corporación.

La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo al no quedar acreditado que se haya vulnerado el artículo 23 de la Constitución, en los términos alegados por el recurrente, ya que no se ha demostrado que la actuación de

como Secretaria del Tribunal Calificador, haya determinado en modo aíguno las calificaciones del recurrente, pues el Tribunal estaba integrado además por 4 vocales que adoptaron decisiones libremente, teniendo en cuenta que la Secretaría intervenía con voz pero sin voto, siendo que del examen de lo actuado resulta que el Tribunal Calificador se ha limitado a aplicar las bases de la convocatoria, que no fueron impugnadas en ningún momento por el recurrente, interpretando las mismas dentro de la discrecionalidad técnica, sin que la parte actora haya acreditado la existencia de actuación arbitraria alguna por la Administración, teniendo en cuenta además que consta asimismo que el escrito presentado por el recurrente con fecha 6 de mayo de 2015, que no aparece tachado en el folio 147 del expediente, fue registrado con fecha 6 de mayo de 2015, si bien no se mecanizó hasta el día 12 de mayo de 2015, lo que es irrelevante, porque ello no afectó a su tramitación. Por todo lo cual, concluye la Sentencia apelada, que dado que no se ha producido la infracción del derecho fundamental en el que la parte recurrente basa su pretensión, procederá desestimar sin más el presente recurso.

El recurso de apelación se funda:

1.- En primer lugar, en la falta de imparcialidad del Tribunal Calificador, al formar parte de dicho Tribunal, Secretaria del mismo, teniendo presente los antecedentes existentes del recurrente, empleado municipal que tenía y tiene numerosos recursos judiciales y Sentencias estimatorias contra el Ayuntamiento, lo que hace más que

2

	Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv copia de este documento electrónico é Este documento incorpora firma electrónica recono	9zCGORppeF2XQ==. Permite la verificación de la i an la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/ cida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciem	ntegridad de una verifirmav2/ bre, de firma electrónica.	
FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VALL	EJO 17/07/2017 11:04:04	FECHA 19/07/2017	
	SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25		_	
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==	PÁGINA	2/7



difícil que se viera sometido a un juicio imparcial. Porque si bien es cierto que la actuaba con voz y sin voto, no lo es menos, que la calificación de los 3 ejercicios de que constaba la oposición —dos de los cuales hizo el actor— no impiden razonablemente hacer pensar que pudiera incidir en contra del sabiendo que la discrecionalidad técnica otorga bastante libertad al calificar, y mucho más teniendo como miembro del Tribunal, y esta vez con voto, a uno de sus compañeros del Área de Recursos Humanos.

- 2.- A continuación, impugna la Sentencia apelada, al estimar que no realiza valoración alguna sobre el segundo ejercicio de la oposición, pues tal como alegó en primera instancia, se trata de un examen oral, puro y duro, cuya única constancia que queda es el acta que el Tribunal Calificador levanta, sin que se efectuara grabación alguna, lo que le ha originado al interesado una absoluta indefensión.
- 3.- Por último, arguye en su escrito de apelación que la Sentencia apenas dedica 4 líneas al episodio de la denunciada manipulación del documento que consta en la página 147 del expediente administrativo; sin realizar valoración alguna sobre el Informe del CEMI incorporado a las actuaciones.

La Administración demandada y el Ministerio Fiscal se oponen a la estimación del recurso y solicitan la confirmación de la Sentencia apelada en base a sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

3

•	conia de este documento electrónico	v9z0GQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la o en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es. ocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de dicien	ventimav2/	
FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VAL	LEJO 17/07/2017 11:04:04	FECHA 19/07/201	
	SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25		_	
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50			
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==	PAGINA	3/7



Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la Universidad apelante, debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

TERCERO.- Sentado lo anterior y tal como hemos expuesto en el fundamento de derecho primero, alega la apelante, a fin de atacar la Sentencia apelada, una serie de argumentos, que analizamos por separado:

1.- Iniciamos el examen del primer motivo de impugnación vertido por la parte recurrente, en lo referente en la falta de imparcialidad del Tribunal Calificador, al formar parte de dicho Tribunal, la Secretaria del mismo, teniendo presente los antecedentes existentes del recurrente, empleado municipal que tenía y tiene numerosos recursos judiciales y Sentencias estimatorias contra el Ayuntamiento, lo que hace más que difícil que se viera sometido a un juicio imparcial. Porque, si bien es cierto, que

actuaba con voz y sin voto, no lo es menos, que la calificación de los 3 ejercicios de que constaba la oposición —dos de los cuales hizo el actor- no impiden razonablemente hacer pensar que pudiera incidir en contra del sabiendo que la discrecionalidad técnica otorga bastante libertad al calificar, y mucho más teniendo como miembro del Tribunal, y esta vez con voto, a uno de sus compañeros del Área de Recursos Humanos.

Dicho motivo de impugnación debe decaer por los siguientes razonamientos: Partimos del hecho que dicha funcionaria, la fue recusada por el recurrente, y en concreto, la Junta de Gobierno Local de Málaga, con fecha 17 de abril de 2015, rechazó tal recusación al no quedar acreditada la supuesta enemistad manifiesta (folios 10 a 12 del expediente administrativo), resolución que quedó firme, sin que conste la interposición de recurso ordinario frente al mismo, pues como bien apunta la Sentencia apelada, los incidentes de recusación, dilucidan cuestiones de legalidad ordinaria, que no pueden ventilarse en un recurso especial de protección de derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, del conjunto actuaciones no se constata, a través de una prueba concluyente, que la imparcialidad de la estuviese en duda, por el mero hecho de haber dado el visto bueno a una o varias

4

Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==	PÁGINA	4/7
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27			
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50			
	SANTIAGO MACHO MAC			
FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VA	FECHA	19/07/2017	



resoluciones desestimatorias de recursos planteados contra decisiones municipales por el recurrente; ní que tampoco existiera enemistad manifiesta, entendiendo por esta una evidente aversión a una persona. Pero es más, la intervención de la en su condición de Secretaria del Tribunal Calificador, es a meros efectos de levantar Actas de las deliberaciones del órgano calificador, sin que tenga facultad de voto en las mismas, y por tanto, sin poder influir en las calificaciones objeto de debate.

Tampoco ha quedado acreditado, a través de la prueba desplegada en el presente recurso, que el vocal, funcionario del Área de Personal, el actuara con falta de objetividad, en las calificaciones de los ejercicios realizados por el recurrente, por el mero hecho que en actuara fuera compañero del Área de Recursos Humanos de pues señala el apelante "que de cuya relación de empleo podría inferirse (no se afirma, se sugiere) alguna influencia desfavorable a la calificación del ejercicio realizado por el "; estando, en consecuencia, ante meras alegaciones o suposiciones, sin sustento probatorio alguno.

2.- A continuación el actor, impugna la Sentencia apelada, al estimar que no realiza valoración alguna sobre el segundo ejercicio de la oposición, pues tal como alegó en primera instancia, se trata de un examen oral, puro y duro, cuya única constancia que queda es el acta que el Tribunal Calificador levanta, sin que se efectuara grabación alguna, lo que le ha originado al interesado una absoluta indefensión. Motivo que debe rechazarse en virtud de las siguientes consideraciones:

El anuncio de la Convocatoria para la provisión de las 3 plazas de Técnica de la Administración General, OEP 2014, se publicó en el BOJA nº 136, de 15 de julio de 2014, en el que se determinaba en el Anexo nº 1, los requisitos específicos para la convocatoria de dichas plazas y el procedimiento de selección de las mismas, siendo este por el Sistema de oposición. La oposición se debía de desarrollar de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV de las Normas Generales de la Convocatoria, BOP nº 122, de 27 de junio de 2014. Las oposiciones consistirían en 3 ejercicios de carácter obligatorio y eliminatorios. Respecto al segundo de los ejercicios cuestionado por el apelante, consistiría en una exposición oral, en sesión pública. Llegados a este punto, tal como con acierto apunta la Administración demandada, el recurrente no impugnó, ni hizo ningún tipo de reparo a las bases reguladoras de la oposición, en relación a que el examen oral sólo quedaba acreditado en los términos en que fuera recogido en el correspondiente Acta de la jornada, levantada por la Secretaría del Tribunal; lo que no puede ahora es alegar indefensión alguna, por el mero hecho que no se hubiera grabado, pues las circunstancias del examen, tal como exigía la convocatoria, quedaron plasmadas en el Acta nº 11 (folios 114 a 117 del expediente administrativo) y en las calificaciones recibidas por los miembros del Tribunal. De ahí que la parte recurrente, si no estaba conforme con el modo de proceder respecto el segundo ejercicio de la oposición, debería haber impugnado las Bases de la Convocatoria de la que tuvo conocimiento mediante la efectiva publicación en el BOJA y en el BOP. En este sentido, debemos tener presente, tal como propugna la reiterada Jurisprudencia, que las Bases de la Convocatoria de un proceso selectivo constituyen la ley del mismo y en tal consideración vinculan tanto a la Administración convocante como a los Tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes

5

	copia de este documento electrónico Este documento incorpora firma electrónica recond	en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/ ocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de <u>19 de diciem</u>	ventirmav2/ bre, de firma electrónica.	
FIRMADO POR	MARIA BELEN SANCHEZ VAL		FECHA 19/07/2017	
	SANTIAGO MACHO MACH	SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25		
	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50		_	
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==	PÁGINA	5/7

Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv9zCGQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la integridad de una



toman parte en las mismas, por lo que procede resaltar que la convocatoria y sus bases, no consta que hubiera sido impugnada en el tiempo y forma por el ahora actor, constituyendo por tanto dicha convocatoria un acto firme y consentido.

3.- Por último, arguye en su escrito de apelación que la Sentencia apenas dedica 4 líneas al episodio de la denunciada manipulación del documento que consta en la página 147 del expediente administrativo; sin realizar valoración alguna sobre el Informe del CEMI incorporado a las actuaciones. Argumentación que tampoco esta Sala puede asumir, en la medida que la Juez de instancia viene a acoger los argumentos vertidos en dicho Informe, con la sola equivocación de la fecha, error sin incidencia alguna; y que esta Sala comparte. Efectivamente, de dicho Informe se desprende que no existió ningún tipo de irregularidad con dicho escrito, presentado el 7 de mayo de 2015, pidiendo la suspensión del proceso selectivo; pues tal y como consta en los folios 23 a 26 del expediente administrativo, que contiene el Acta nº 2 del proceso selectivo, la Secretaria del Tribunal Calificador entregó en fecha 9 de mayo de 2015 dicho documento al Presidente del Tribunal, y consta en el Acta que desechó dicha petición de suspensión, al estar ya resuelta la recusación de la Secretaria por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de abril de 2015. Si bien, como se especifica en el citado Informe, dicho escrito, debido a la importante carga de trabajo, no se mecanizó hasta el día 12 de mayo de 2015, lo que es irrelevante, en la medida que ello no afectó a su tramitación.

Conforme a lo indicado, la Sala, tras el examen de la sentencia apelada, no puede sino concluir en forma idéntica a la acertadamente expuesta por la juzgadora a quo, no apreciando error interpretativo alguno en relación a las cuestiones suscitadas en el recurso, que fueron estudiadas por aquella en forma detallada y exhaustiva, con recta objetividad e imparcialidad, que pugna con la razón interesada de parte; y por ello resulta improsperable en esta alzada.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso de apelación en el sentido que a continuación se dirá.

<u>CUARTO.</u>- En consecuencia, y por todo lo dicho, el recurso debe ser íntegramente desestimado, con la obligada imposición de costas a la parte apelante, al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que otra cosa aconsejen, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

<u>PRIMERO.-</u> Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia enunciada en Antecedente de Hecho Primero de la presente, que se confirma integramente.

6

Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 17/07/2017 11:04:04

SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25

FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50

MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27

ID. FIRMA

Ws051.juntadeandalucia.es

FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==

PÁGINA

6/7



SEGUNDO.- Condenar al recurrente al pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación. Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciarnos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

7

Código Seguro de verificación:FOEEw7Unv9zCGQRppeF2XQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

	Este documento incorpora firma electrónica reco	nocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciem	ore, de firma electrónica.	
FIRMADO POR	WADO POR MARIA BELEN SANCHEZ VALLEJO 17/07/2017 11:04:04		FECHA	19/07/2017
	SANTIAGO MACHO MAC	SANTIAGO MACHO MACHO 19/07/2017 07:40:25		
	FERNANDO DE LA TORRE	FERNANDO DE LA TORRE DEZA 19/07/2017 12:39:50		
	MARIA LUZ RODRIGUEZ CASADO 19/07/2017 12:50:27			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	FOEEw7Unv9zOGQRppeF2XQ==	PÁGINA	7/7

