TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.
SECCION TERCERA.
RECURSO DE APELACIÓN.
REGISTRO NÚMERO 281/2013

SENTENCIA

Iltmos. Sres. Magistrados
Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.
Don Eloy Méndez Martínez.
Don Guillermo del Pino Romero.

En la ciudad de Sevilla, a seis de febrero del año dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso- Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha visto el **recurso de apelación** tramitado en el registro de esta Sección Tercera con el **número 281/2013**, interpuesto por don Javier Barnés Vázquez, representado por el Procurador don Ángel Onrubia Baturone, y defendido por Letrado, contra la sentencia de 28 de diciembre de 2012, completada por auto de 21 de febrero del 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Sevilla en el procedimiento allí seguido con el número 541/2009; habiendo formulado escrito de oposición al recurso don Eduardo Gamero Casado, que ha actuado representado por la Procuradora doña Ana del Peso Sainz de la Maza, y defendido por Letrado, y por la Universidad Pablo de Olavide, representada y asistida por la Letrada doña Rosa María Fernández Retamosa. Ha sido ponente el Iltmo. Sr. Don Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Sevilla en el procedimiento allí seguido con el número 541/2009, se dictó sentencia de 28 de diciembre de 2012, completada por auto de 21 de febrero del 2013, que desestima el recurso contencioso administrativo formulado por don Javier Barnés Vázquez contra la resolución desestimatoria de su recurso de reposición deducido frente a la resolución de la Universidad Pablo de Olavide de 29 de mayo de 2009 por la que se convoca la plaza 13/2009 (catedrático de Derecho Administrativo) y contra la resolución rectoral de 1 de octubre de 2009 de la Universidad por la que se nombra catedrático de Universidad a don Eduardo Gamero Casado.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se formuló por don Javier Barnés Vázquez recurso de apelación, en razón a las alegaciones que en tal escrito se contienen, dadas aquí por reproducidas en aras de la brevedad, que fue admitido; formulando don Eduardo Gamero Casado y la Universidad Pablo de Olavide escrito de oposición al recurso, acordándose a

continuación elevar a la Sala las actuaciones.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales, por la acumulación de asuntos que penden ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer, en el que, efectivamente, se ha deliberado, votado y fallado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto de la presente apelación la sentencia que desestima el recurso contencioso administrativo formulado por don Javier Barnés Vázquez contra la resolución desestimatoria de su recurso de reposición deducido frente a la resolución de la Universidad Pablo de Olavide de 29 de mayo de 2009 por la que se convoca la plaza 13/2009 (catedrático de Derecho Administrativo) y contra la resolución rectoral de 1 de octubre de 2009 de la Universidad por la que se nombra catedrático de Universidad a don Eduardo Gamero Casado. La pretensión del recurrente contenida en el suplico del escrito de demanda es la declaración de nulidad de tales actos "y la retroacción del procedimiento administrativo hasta realizar una nueva convocatoria sin ese perfil (Derecho del Deporte)".

En su recurso de apelación se aduce con carácter preliminar que se impugna la "base" que acompaña a la convocatoria de esa cátedra, es decir, el "perfil" con el que aparece la plaza en cuya virtud "se privilegia en el concurso a aquel candidato que reúna una específica condición: la de haber cultivado el Derecho del Deporte". Para poner en su contexto "el sentido y alcance" del perfil, se indica que "se propone y diseña" por el Consejo de Departamento "donde se encuentran insertos el/los interesados" y es el órgano que propone a los miembros de la Comisión de Selección; que "coincidir con el perfil propuesto supone en la práctica –basta leer la baremación- un *premio* que asegura el éxito"; que el perfil sirve no para la investigación, que es libre, sino que "se circunscribe exclusivamente a la docencia", y, según la Ley Orgánica de Universidades, no cualifica a la plaza que lleva por título la del área de conocimiento (Derecho Administrativo) y no la del perfil (Derecho del Deporte). Afirma que el perfil cuenta con un peso específico determinante susceptible "de poner por delante a quien posee ese perfil frente a quien tenga mejor currículo en el seno del concurso", pues "es como poner a un corredor a pocos metros de la meta" y "debe justificarse especialmente ese motivo". Añade que según el sistema legal vigente, un candidato sólo puede concursar a una cátedra si se ha acreditado previamente (ANECA) y "esa acreditación, pese a una práctica desviada, no da derecho a obtener la plaza, ni a la promoción", sino que se ha de celebrar un concurso de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, y no se trata "de promoción interna, extremo este vedado expresamente por la Ley Orgánica de Universidades"; que para alterar esas condiciones de igualdad, mérito y capacidad "se establecen en ocasiones esos perfiles, a la medida justa del candidato local"; que el perfil debe ser examinado judicialmente con "rigor", lo que no se ha efectuado en la sentencia que "no entra a valorar ninguna de las pruebas aportadas, ni ha consentido la ampliación del expediente administrativo para examinar la falta de dotación presupuestaria", que era fundamental para acreditar la desviación de poder; que adujo en la demanda así como en los recursos que interpuso por no remitirse completo el expediente, infracciones del

procedimiento que no sólo son causa autónoma de nulidad sino prueba indiciaria de esa desviación de poder: Como que "ningún criterio previo existía en la UPO acerca de las necesidades docentes del Derecho del Deporte" ni "había planificado, ni previsto necesidad alguna para una plaza con tal perfil", como exige el art. 88 de su Estatuto y "es necesario predeterminar esas decisiones", máxime cuando "el candidato local puede concursar a una cátedra al haber recibido días antes" la acreditación. Insiste en que la plaza carece de consignación presupuestaria como exige el art. 62.1 de la Ley Orgánica de Universidades, y "tan sólo se prevé el incremento por el ascenso, con abierta infracción de la LOU, extremo este que confirma la UPO implícitamente cuando niega el acceso, con consentimiento de la sentencia apelada, al expediente en este extremo". A modo de resumen se alega que "el perfil se establece sin predictibilidad, antelación o justificación alguna para este concreto concurso, y *casualmente* encaja con el perfil de la actividad desarrollada por el candidato local, integrado en la unidad administrativa que lo ha propuesto (Consejo de Departamento), promovido la plaza y nombrado el tribunal, y lo hace en el momento, ni antes ni después, en que ese candidato obtiene la acreditación o declaración de aptitud para poder concursar".

Prosigue el apelante afirmando que se impugna la "base o perfil" porque se trata de una distinción "artificial" en perjuicio de cualquier otro potencial candidato, "arbitraria"que carece de justificación objetiva "a la luz de las enseñanzas regulares de la Universidad convocante", con invocación del art. 71.1 de la Ley Orgánica de Universidades, "desproporcionada por innecesaria" y "exagerada", impuesta con "graves infracciones de procedimiento" e incurriendo en "abierta desviación de poder" pues se utiliza una potestad discrecional, la posibilidad de establecer perfiles, para un fin desviado: "Asegurarse la promoción automática, con el apoyo de la Universidad; se trata de un blindaje, incompatible con nuestro ordenamiento jurídico".

Después de estas alegaciones preliminares el apelante articula separadamente como motivos de impugnación de la sentencia: 2°: Que "confunde los términos del debate y no aprecia indebidamente la existencia de desviación de poder y vicios de procedimiento", pues se limita a afirmar lo que no se discute: "que la Universidad pueda convocar perfiles" y "sostiene, en cambio, que no ha quedado probada la desviación de poder" sin valorar los medios de prueba ni considerar "las violaciones denunciadas". 3°: Que aplica "de manera indebida la presunción de validez de los actos administrativos" y hace "una valoración errónea y contraria a los criterios jurisprudenciales aplicables de los vehementes indicios" de la existencia de desviación de poder aportados. 4°: Que "enjuicia lo que no está en discusión: Si la UPO tiene o no potestad discrecional para establecer un perfil". 5°: Que "nada dice sobre los vicios de forma y de procedimiento alegados en la demanda en la fijación de ese concreto perfil". 6°: Que "confunde el perfil de una plaza de catedrático con la especialización de la oferta educativa", la cual "se expresa a través de los planes de estudio, no de los perfiles" y "no está en liza ni guarda relación con el tema". 7°: Que "entiende que por tratarse de una convocatoria abierta no se produce ninguna lesión", y "olvida" con ello que lo que se plantea, además de los vicios de procedimiento, es una abierta desviación de poder que termina por desembocar en un trato discriminatorio para quienes no tienen las mismas medidas que el candidato local, y ello sin justificación suficiente. 8°: Que "no examina los vicios de procedimiento previos a la convocatoria, ni enjuicia si la base en sí

que ésta contiene supone vulneración, confunde la baremación del proyecto docente e investigador con la baremación global en más por el hecho de haber cultivado el Derecho del Deporte". 9°: Que "no examina las circunstancias y pruebas indiciarias de la desviación de poder, habiendo denegado previamente la necesaria acreditación de la UPO de que la plaza tenían consignación presupuestaria suficiente". Con respecto a los actos recurridos se alega también: 10°: La "nulidad radical por falta de consignación presupuestaria"; 11°: La "falta de motivación en el Consejo de Departamento y en los órganos competentes, y de justificación a la luz de los Planes de Estudio", sin que las argumentaciones efectuadas *a posteriori* al resolver el recurso de reposición puedan servir de motivación y, además, "no es suficiente con decir que éste (el Derecho del Deporte) es importante, pues por la misma regla de tres deberían existir entonces tantos perfiles como personas y materias". En los últimos motivos de impugnación insiste el apelante en la "creación de la plaza para la promoción del candidato doméstico a su justa medida" (12°), en la desviación de poder (13°), así como en la desproporción y arbitrariedad con la que se ha actuado con repaso de "otras lesiones constitucionales" cometidas (14°).

En su escrito de oposición al recurso don Eduardo Gamero Casado comienza rechazando el alegato de "nulidad radical por falta de consignación presupuestaria" efectuado de adverso porque no fue alegado en su demanda por don Javier Barnés Vázquez y, además, porque éste pretendió que se incorporara al expediente documentos que no forman parte de él y por la vía de ampliación del expediente pretendió "subliminalmente" la práctica de una prueba documental, y "lo cierto y verdad" es que la plaza estaba dotada cuando fue convocada y la afirmación de que no era así no es más que una conjetura carente de prueba. A este respecto se opone en el ordinal noveno de su escrito de oposición al recibimiento del recurso de apelación a prueba solicitado por don Javier Barnés Vázquez.

También rechaza los motivos 2°, 3°, 9° y 13° que se basan en que la sentencia no aprecia la desviación de poder haciendo "suyo los fundamentos de la sentencia". Añade que la demanda y el recurso de apelación se basan "en meras conjeturas, vagas elucubraciones y en abiertas e infundadas descalificaciones".

También rechaza don Eduardo Gamero Casado los motivos 1° (preliminar), 4°. 5°, 7° y 12° relacionados con la fijación del perfil de la plaza, aduciendo que no existe incongruencia omisiva en la sentencia, y que "el término de Derecho del Deporte no es una limitación o restricción del perfil dentro del Área de conocimiento Derecho Administrativo", que el perfil es proporcionado, razonable y "obedece al Plan Estratégico" de la UPO, sin que pueda sostenerse "que impidiera la participación a una administrativista generalista en el concurso", que el peso del perfil Derecho del Deporte en el conjunto del baremo "es insignificante", que el apelante "supone que el proyecto docente versa sobre el Derecho del Deporte pero no es la realidad, el proyecto docente versa sobre el conjunto del perfil, abarcando también el programa y metodología docente del Derecho Administrativo", que resulta acreditada "su solvencia profesional y académica y su extensa y variada actividad investigadora...desarrollada en forma continuada tanto sobre la parte general del Derecho Administrativo como la parte accesoria del perfil..., así como las numerosas publicaciones en diversas materias en Derecho Administrativo".

Igualmente rechaza el motivo 6° pues no hay confusión alguna en la sentencia que

expresa "que la especialización no es contraria a derecho y que la base de la convocatoria es abierta" y además cabe citar que el art. 88 de los Estatutos de la UPO establece que la política de personal docente e investigador debe tomar en consideración las necesidades derivadas del Plan Estratégico de la Universidad y en la "línea estratégica 3, código 11.3.2 de dicho Plan Estratégico se destaca *la presencia del Deporte en nuestra Universidad como imagen de la UPO ante la sociedad*, a cuyo efecto se promueve, entre otras cosas, la celebración de eventos, congresos y jornadas", en el código 11.3.1 de la misma línea "se declara el apoyo de la Universidad a las actividades formativas en el ámbito deportivo, y a la incorporación de estas actividades en el catálogo de libre configuración" y en el código 12.3.1 "se promueve la creación de un Centro de Estudios del Deporte, en el que como es lógico debe impartirse el Derecho del Deporte". Se alega, "a mayor abundamiento", que la plaza era la tercera que se dotaba en el área de conocimiento "por lo que era perfectamente razonable que se buscara un mínimo de especialización que complementara a las ya existentes".

Rechaza también el motivo 8º pues para que se aprecien los vicios de procedimiento denunciados es preciso que quien los invoque los acredite, lo que no es el caso, insistiendo "en el escaso peso específico que tiene el perfil accesorio Derecho del Deporte según los criterios de valoración aprobados por la Comisión Juzgadora", pues "el historial docente e investigador tiene una puntuación máxima de hasta 6 puntos, la capacidad de exposición y debate hasta 1 punto, siendo la puntuación máxima de la valoración del Proyecto Docente e Investigador de los aspirantes, en relación con el perfil de la plaza (Derecho Administrativo. Derecho del Deporte) de 3 puntos, cuyo desglose es: Proyecto docente: 1,5 Proyecto investigador: 1.5; de lo que resulta acreditado, habida cuenta de la existencia de un perfil genérico Derecho Administrativo, y otro accesorio Derecho del Deporte, que la puntuación de este último nunca podría superar los 1,5 puntos", y "donde apenas tenía peso específico el perfil accesorio Derecho del Deporte, mi representado obtuvo una calificación final de 9,58 sobre 10 puntos".

Rechaza del mismo modo el motivo 7º de la apelación, relativo a la falta de motivación, haciendo "suya" la fundamentación de la sentencia y aduciendo "que las potestades de autoorganización de la Universidad convocante conectan con la discrecionalidad técnica". Cita el art. 3.1 del Reglamento para los concursos de acceso entre acreditados a cuerpos de funcionarios docentes universitarios de la UPO (folios 1 y ss. del expte) y "el apelante reconoce ahora expresamente que la Universidad puede definir el perfil"; que "se justifica por el carácter multidisciplinar del Derecho del Deporte" y que con relación a la alegación de que el informe de la Comisión Permanente del Departamento se haga *a posteriori* en la tramitación del recurso de reposición "es una trámite rutinario que se sigue en todos los recursos que se tramitan en la Universidad".

Por último, rechaza el motivo de apelación consistente en "desproporción y arbitrariedad" y "otras lesiones constitucionales", alegando que como se justificó en el informe emitido por la Comisión Permanente del Departamento de Derecho Público "existía una extensa nómina de potenciales candidatos, además de los dos que firmaron la convocatoria, que habían publicado sobre el Derecho del Deporte", de modo que es incierto "que se haya hecho un traje a medida del candidato local". Insiste en que el apelante "parte

de una premisa falsa, pues no es cierto que el perfil de la plaza restrinja la competencia" ya que "el término Derecho del Deporte no es una limitación o restricción del perfil dentro del Área de conocimiento de Derecho Administrativo" y "resulta suficientemente elocuente que en la redacción del perfil la Universidad convocante no acotó el mismo mediante la utilización del signo de puntuación *dos puntos* (Derecho Administrativo: Derecho del Deporte) en vez del *punto y seguido*". Llama la atención sobre el informe referido "en cuanto a la suficiencia y entidad que tiene el Derecho del Deporte en cuanto materia para el perfil", y "a mayor abundamiento" invoca la declaración del Decano de la Facultad del Deporte según la cual "la asignatura Organización y Legislación del Deporte está adscrita al Departamento de Derecho Público, en virtud del acuerdo adoptado en Junta de Centro de fecha 29 de noviembre de 2010", así como el informe del Director del Departamento de Derecho Público que acredita que "el número de créditos de los grupos de la asignatura Organización y Legislación Deportiva asciende a 14,60 créditos, y de trabajos de fin de grado a 2,5 créditos, asignados al Área de Derecho Administrativo, así como la designación de mi representado como responsable de toda esta docencia".

Por su parte, la Universidad Pablo de Olavide en su escrito de oposición al recurso alega que en los escritos presentados por el recurrente en vía administrativa, así como en la extensa demanda y su ampliación, "ni una sola vez" hizo mención a la "nulidad radical por falta de consignación presupuestaria, así como otras cuestiones a las que nos referiremos", por lo que ni procede que la Sala entre a examinar dicho motivo ni cabe admitir la prueba propuesta por el apelante en esta segunda instancia. Añade que dicha inadmisión deriva del reconocimiento que hace el propio apelante al admitir que "la prueba fue solicitada en la instancia, a través de la solicitud de complemento de expediente". Alega que la sentencia "no adolece de incongruencia", y la "legalidad de la concreción del perfil", que la creación para el curso 2004/2005 de la Facultad de Ciencia del Deporte y la necesidad de asumir la docencia y la investigación en el ámbito de lo que se conoce por Derecho Deportivo, hace que la Universidad se plantee la creación de una nueva cátedra, la tercera de Derecho Administrativo, dotando a la misma del perfil que permita asumir en mejores condiciones de calidad la docencia e investigación en dicho ámbito, máxime cuando uno de los objetivos fijados en el Plan Estratégico de la Universidad para los años 2005/2010, se refería a la promoción de la presencia en la Universidad de las actividades relacionadas con el deporte, en general, siendo además de obligado cumplimiento lo establecido en el art. 88 de los Estatutos de la Universidad, según el cual "el Consejo de Gobierno, a propuesta del Rector, aprobará anualmente la planificación de la política del Personal Docente e Investigador, previo informe de los Departamentos, los Centros y los órganos de representación correspondientes. En esta Planificación se tendrán en cuenta las necesidades derivadas del Plan Estratégico de la Universidad". A este respecto alega que la búsqueda de especialización y la excelencia es un deber de la Administración universitaria que debe plasmarse en la captación de los recursos humanos, y así se ha hecho desde la creación de esta nueva Facultad de Ciencia del Deporte, y sirva como ejemplo el que la plaza 18/2009 de Profesor Titular de Universidad convocada a instancias del Departamento de Fisiología, Anatomía y Biología Celular (Área de conocimiento de Fisiología), se convocó con un perfil de "Docencia en Fisiología Humana en Ciencias del Deporte"; que esta estrategia obedece a

los objetivos marcados por la Ley Orgánica de Universidades, en cuya exposición de motivos se hace referencia a la necesidad de hacer efectiva la autonomía de las Universidades en sus vertientes de libertad de cátedra. Estudio e investigación, así como de gestión y administración de sus recursos.

También alega la Universidad Pablo de Olavide la especificidad del Derecho del Deporte, la relevancia que en los últimos años ha adquirido y la existencia de numerosos especialistas en la materia, y que el recurrente "considere esta materia irrelevante" no obsta a que esta Universidad, que se caracteriza por la transversalidad en las titulaciones que ofrece, pueda ofertar plazas en las que además de la formación generalista en la materia objeto de su disciplina pueda valorarse la especialización en cualquiera de los ámbitos de la misma.

También se alega la inexistencia de desviación de poder, insistiendo que el recurrente ha vertido "acusaciones de gravedad, que carecen de todo soporte", que no basta "una mera enunciación de sospecha, sino la carga de la prueba de los hechos que determinan la desviación de poder" y "nada se ha probado por el actor en este sentido" y "lo que hace es cuestionar, en su totalidad, algo que no es, ni puede ser, objeto del presente recurso, como es el sistema de acceso a los cuerpos docentes universitarios, del cual, por cierto, el mismo participó para obtener la plaza de catedrático de Universidad que en la actualidad ostenta en la Universidad de Huelva".

Del mismo modo se aduce la "adecuación del procedimiento a la normativa aplicable" alegando que el recurrente olvida que tanto él en su condición de catedrático de Universidad, como el finalmente adjudicatario "en su condición de simple *habilitado*" previamente por la ANECA, están "ambos en una misma posición de partida" y "será la evaluación del currículo, así como los ejercicios de que consta la prueba de acceso, la que determinará quien de los concursantes resultará más idóneo", y que aunque alega el demandante infracción de los arts. 62 y 64 de la LOU lo hace sin poner de relieve "ni un solo hecho en contra" de lo establecido en estos preceptos.

También se alega que la Universidad ha cumplido "con lo que constituye su derecho-deber de matizar, en lo que resulte oportuno, el perfil de la plaza a fin de asegurar que quien resulte adjudicatario se adecue a las necesidades docentes e investigadoras de la institución", y si se alega por el apelante que la importancia del Derecho del Deporte dentro de la disciplina del Derecho Administrativo "es tan nula como predica...a buen seguro que hubiese podido defender sin ningún problema su capacitación para asumir su docencia", toda vez que "la concreción del perfil de la plaza no impedía a ningún administrativista concurrir, pues de la puntuación total susceptible de otorgarse a los concursantes, 10 puntos, sólo 3 correspondían a lo que se denominó por la Comisión de evaluación *perfil docente e investigador*", lo que "no significa, ni mucho menos", que en este apartado en relación con el perfil de la plaza (Derecho Administrativo. Derecho del Deporte) "sólo se valora lo relativo a esta especialidad del Derecho, pues su conocimiento, en todo caso, constituirá un aspecto más a valorar".

La providencia de esta Sala de 8 de julio de 2013 acordó no recibir el recurso a prueba interesado por don Javier Barnés Vázquez en su escrito de apelación (certificado de consignación presupuestaria de la plaza y relación de puestos de trabajo del profesorado) por no darse las tasadas circunstancias que así lo justificaban previstas en el art. 85.3 de la Ley

Jurisdiccional, pero por auto de 17 de septiembre de 2013 se estimó el recurso de reposición que el apelante había interpuesto, pese a la alegación de adverso de que no se propuso la documental como prueba sino que se pidió por el recurrente que tales documentos se incorporaran por el indebido cauce del complemento de expediente, con el siguiente razonamiento: "Ciertamente el recurrente alegó en su momento mediante escrito de 20 de diciembre de 2011 que el expediente no estaba completo e interesaba la entrega de diversos documentos, entre ellos, el certificado de consignación presupuestaria de la plaza y la relación de puestos de trabajo del profesorado bajo el epígrafe III.I. Aunque no le falta la razón al codemandado cuando afirma que tales documentos no formaban parte del expediente y, consiguientemente, no procedía completarlo a la luz del art. 55 de la L.J., sin embargo, no lo entendió así el Juzgado, porque la providencia de 21 de diciembre de 2011 acordó interesar de la Administración otros documentos solicitados por el actor que tampoco formaban parte del expediente rechazando a la vez la remisión de los solicitados bajo el epígrafe III.I *por considerar dicha documental innecesaria*, insistiendo el auto de 3 de abril de 2012 *que se sigue considerando que las pruebas documentales propuestas e inadmitidas por la providencia de 21 de diciembre de 2011 son innecesarias*. Por tanto, adquieren plena virtualidad las alegaciones de la apelante y, sin perjuicio de la valoración de tales medios probatorios que está reservada para la sentencia, la providencia que se impugna se debe reponer". Interesada, pues, de la Universidad Pablo de Olavide la remisión de tales documentos solicitados por el recurrente en su escrito de 20 de diciembre de 2011 bajo el epígrafe III.I, se recibió un informe de la Directora del Área de Recursos Humanos-PDI expresivo, por una parte, de "que el 27 de mayo de 2009, fecha de aprobación en el Consejo de Gobierno de esta Universidad de la plaza 13/2009 de catedrático del área de Derecho Administrativo, tal y como se indica en el informe de la Directora del Área de Gestión Presupuestaria que se adjunta, existía dotación presupuestaria en la aplicación 422D.1.12.121.02, para la convocatoria de una plaza de Catedrático de Universidad", y de otra, "que la primeras RPT de profesorado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla se aprobó en Consejo de Gobierno de 29 de septiembre de 2009, reflejándose en el área de conocimiento de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público, tres plazas de Catedrático de Universidad, siendo una de ellas la plaza 13/2009".

Abierto a continuación el trámite de conclusiones para las partes, don Javier Barnés Vázquez, a la vista de los Presupuestos de 2009 de la UPO cuyas páginas incorpora a su escrito mediante *escaneo*, alegó que "el informe deja claro, con toda evidencia, que no existe dotación presupuestaria para una nueva plaza" pues "la certificación ciñe la disponibilidad presupuestaria, nótese bien, al complemento específico" y "no afecta, ni se refiere, a la retribución básica (que es la aplicación 120), ni al complemento de destino (que es la aplicación 121.01)", de modo que "al haberse licitado la plaza sin consignación presupuestaria, solo a un candidato se le podía adjudicar", al candidato doméstico, pues "para poder pagar la plaza del nuevo catedrático se ha de amortizar la plaza de profesor titular, pasando las retribuciones de la segunda a la primera; o sea, no es un concurso abierto, ni limpio, sino la asignación de la plaza de catedrático al profesor titular de la Universidad convocante". Por otra parte, se alega que la modificación de la RPT en lo que al área de conocimiento de Derecho Administrativo se refiere, "es posterior a la interposición del

recurso contencioso administrativo y a la celebración del propio concurso; esto es, un remedo para buscar la apariencia de regularidad": Se refiere a "la efímera permanencia en la RPT de la plaza de profesor titular durante tres meses (formales, mera formalidad, ya que en octubre se conocen las líneas básicas de cualquier presupuesto, como es obvio y generalmente conocido) en 2009 para su amortización en el presupuesto de 2010", y a que "la RPT no tiene en las plazas de catedrático referencia alguna al Derecho del Deporte".

En sus conclusiones don Eduardo Gamero Casado denuncia la extemporánea presentación de documentos por el apelante mediante la incorporación "fraudulenta" de su texto en el mismo escrito de conclusiones, alegando con cita y transcripción del art. 7 de las Normas o Bases de ejecución del Presupuesto de la UPO para 2009, que igualmente *escanea* para conocimiento de la Sala, que "no es cierta esa supuesta inexistencia de crédito alegada de contrario y la supuesta dotación exclusiva para el candidato local, habida cuenta que existe una vinculación de todos los créditos existentes en el artículo 12 del Presupuesto (retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios)", ratificándose en las alegaciones contenidas en su escrito de oposición al recurso de apelación.

También la representación procesal de la Universidad Pablo de Olavide denuncia la "artimaña" del apelante consistente en el *escaneo* en el escrito de conclusiones de documentos que debieron ser aportados en el momento procesal oportuno; añadiendo, con igual invocación del art. 7 de las Normas de ejecución presupuestaria de la Universidad relativas al ejercicio 2009, que "del hecho de imputar a un determinado subconcepto presupuestario el coste de una nueva plaza de catedrático de Universidad, no cabe deducir ningún tipo de infracción del principio de legalidad presupuestaria, ni tampoco un menoscabo de la libertad de concurrencia al concurso convocado para su provisión".

SEGUNDO.- Con el fin de delimitar el alcance del examen procedente de cuantas cuestiones se han planteado en el recurso de apelación por don Javier Barnés Vázquez se hace necesario recordar la naturaleza de ese recurso. A este respecto, en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000, con remisión a otras anteriores, se ilustra que "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".

Tal cosa ocurre con el motivo de impugnación de la sentencia consistente en la "nulidad radical" del acto de convocatoria de la plaza por falta de consignación presupuestaria, pues tal cuestión no fue alegada en el escrito de demanda. Por tanto, aun cuando por auto de esta Sala 17 de septiembre de 2013 se interesó la remisión del certificado de consignación presupuestaria de la plaza y la relación de puestos de trabajo del profesorado, por las razones en dicho auto expresadas, la sentencia de instancia no pudo pronunciarse sobre tal motivo, y, a su vez, las alegaciones del recurrente sobre el alcance de dichos documentos una vez fueron recibidos no pueden ser tenidas en consideración pues se

hacen relacionándolos con los Presupuestos de 2009 de la UPO cuya incorporación es a todas luces, como insisten las partes recurridas, indebida por extemporánea.

También conviene recordar que esta Sala y Sección ya se ha pronunciado (recurso 562/2012) afirmando que convocatorias como la aquí recurrida no son procedimientos de promoción interna, pues no lo permite el referido artículo 62 de la Ley Orgánica 6/2001, a cuyo tenor: "**1.** Las universidades, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, convocarán concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto. La convocatoria deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en el de la Comunidad Autónoma. Los plazos para la presentación a los concursos contarán desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. **2.** A los concursos podrán presentarse quienes hayan sido acreditados de acuerdo con lo regulado, para cada caso, en los artículos 59 y 60, así como los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos de Profesores Titulares de Universidad y de Catedráticos de Universidad. **3.** Los estatutos de cada universidad regularán la composición de las comisiones de selección de las plazas convocadas y garantizarán, en todo caso, la necesaria aptitud científica y docente de sus componentes. Dicha composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, procurando una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas. En cualquier caso, los miembros de las comisiones deberán reunir los requisitos indicados en el artículo 57.2 y sus currículos deberán hacerse públicos. **4.** Igualmente, los estatutos regularán el procedimiento que ha de regir en los concursos, que deberá valorar, en todo caso, el historial académico, docente e investigador del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate en la correspondiente materia o especialidad en sesión pública..."; y, en cuanto a las "garantías de las pruebas", establece el artículo 64.1 que "en los concursos de acceso quedarán garantizados, en todo momento, la igualdad de oportunidades de los candidatos y el respeto a los principios de mérito y capacidad". A su vez, el Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de los concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios, señala en su artículo 4 relativo a los requisitos de los candidatos, que "podrán presentarse a los concursos de acceso quienes hayan sido acreditados o acreditadas de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 13 y disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y cuarta del Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios. Asimismo, podrán presentarse a los concursos de acceso quienes resultaran habilitados o habilitadas conforme a lo establecido en el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos. A su vez se entenderá que los habilitados y habilitadas para Catedrático o Catedrática de Escuela Universitaria lo están para Profesor o Profesora Titular de Universidad...". Y en su artículo 8.1 proclama también como "garantías de las pruebas", que "en los concursos de acceso quedarán garantizados, en todo momento, la igualdad de oportunidades de los aspirantes, el respeto a los principios de mérito y capacidad y el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres".

TERCERO.- La impugnación que efectúa don Javier Barnés Vázquez de la convocatoria para la plaza 13/2009 en el Departamento de Derecho Público, Área de Conocimiento Derecho Administrativo, se centra en el perfil con el que aparece la plaza, perfil que se conceptúa en la misma convocatoria como "Actividad a realizar: Derecho Administrativo. Derecho del Deporte", por cuya virtud, alegaba el apelante, "se privilegia en el concurso a aquel candidato que reúna una específica condición: la de haber cultivado el Derecho del Deporte". El recurrente tiene razón con esta alegación por más que se oponga de adverso, a la vista de los criterios que después aprobaría la Comisión juzgadora del concurso, el escaso peso del "perfil accesorio" del Derecho del Deporte frente al mayor del "perfil genérico" del Derecho Administrativo. La determinación de la plaza en la convocatoria, su perfil: "Derecho Administrativo. Derecho del Deporte", sea con un *punto y seguido* después de "Derecho Administrativo" y no separada esta mención de "Derecho del Deporte"con el signo de los *dos puntos*, no deja dudas en su lacónica expresión que está referida, en efecto, a la "actividad a realizar", situando por ende a los posibles partícipes en el concurso en diferente posición de partida, pues el perfil incide, inexcusablemente, en la "capacitación" para asumir esa actividad docente a realizar, y en términos de relevancia, hasta el punto de sustraer la ocasión de intervenir a aquellos potenciales concursantes que carezcan o crean carecer de dicha "capacitación", pues ésta es justificable y valorable por los méritos acumulados que se han de acreditar.

La sentencia recoge "que lo que se ha planteado en este recurso, es si es legal o no convocar plazas de docentes con perfil", pero no es así, como se desprende de la lectura de la extensa demanda, demanda cuyas alegaciones las resume el recurrente cuando indica en su escrito de apelación que no es ajustada a Derecho la convocatoria impugnada ya que "el perfil se establece sin predictibilidad, antelación o justificación alguna para este concreto concurso, y *casualmente* encaja con el perfil de la actividad desarrollada por el candidato local, integrado en la unidad administrativa que lo ha propuesto (Consejo de Departamento), promovido la plaza y nombrado el tribunal, y lo hace en el momento, ni antes ni después, en que ese candidato obtiene la acreditación o declaración de aptitud para poder concursar", por lo que también hay que dar la razón al apelante cuando expresa que la sentencia afirma lo que no se discute, el que la Universidad pueda realizar convocatoria de plazas con determinación de "perfiles". Sin embargo, no es cierto que la sentencia se "limite" a esa sola consideración pues a continuación, aunque lo haga sin entrar en detalles ni dar explicaciones, se afirma en ella -con valor de apreciación judicial deficientemente motivada-, que "no se percibe que la convocatoria de plaza con perfil para Derecho del Deporte o el proceso de selección, hayan estado viciados desde el principio, por infracciones del ordenamiento jurídico que le es aplicable", sobre todo si añade que "moralmente, nos pueda chirriar" pero "legalmente, nos guste más o menos, mientras la convocatoria se ajuste a las disposiciones legales, no se prueba desviación de poder o un *enchufe* de cualquier naturaleza del candidato que prospera, en nuestro procedimiento, no se puede concluir que la plaza convocada con perfil de Derecho del Deporte, sea contraria a Derecho".

Esto dicho, la Sala aprecia que ante la alegación del apelante según la cual "se establecen en ocasiones esos perfiles, a la medida justa del candidato local", y dado que ello ciertamente contradice de lleno las condiciones de igualdad, mérito y capacidad que se han

de garantizar en todas las convocatorias, se precisa una certera motivación de la determinación de ese perfil al caso concreto. El artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que deberán motivarse, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, y según el artículo 63.2 de la misma Ley 30/1992 la falta de motivación o la motivación defectuosa puede comportar la anulación del acto o bien constituir una mera irregularidad no invalidante, lo cual habrá de determinarse, entre otras circunstancias, en atención a la naturaleza del acto y de si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y, por ello, se ha producido o no la indefensión del administrado (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991). La motivación, como recuerda a su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008 (recurso 4049/2004), "equivale a expresar el fin objetivo o interés público que fundamenta la acción administrativa y justificar también que han sido observados los requisitos y criterios que en cada caso resulten inexcusables; para, de esta manera, no sólo demostrar que se ha dado cumplimiento al mandato general de sometimiento al ordenamiento jurídico (artículos 9.1, 103 y 106 CE) y al de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), sino también ofrecer al interesado todos los elementos que le sean necesarios para la defensa que quiera realizar de sus intereses en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)".

Pues bien, ciertamente, como aduce el recurrente, "ningún criterio previo existía en la UPO acerca de las necesidades docentes del Derecho del Deporte", ni "había planificado, ni previsto necesidad alguna para una plaza con tal perfil", como exige el art. 88 de sus Estatutos, y era, en efecto, "necesario predeterminar esas decisiones" para que el recurrente y demás interesados pudieran saberlo y quedar de este modo garantizada su defensa si no estimasen de concurrencia esas circunstancias, máxime cuando, como al presente caso acontece, se alega por el recurrente, y no se combate de contrario, que "el candidato local puede concursar a una cátedra al haber recibido días antes" la acreditación y "casualmente" su currículo encaja con el perfil elegido por el Consejo de Departamento. La doctrina constitucional señala que el artículo 23.2 de la CE prohíbe las referencias individualizadas a fin de evitar toda acepción, preterición o reserva *ad personam*, explícita o implícita, en el acceso a las funciones públicas (STC 27/91, de 14 de febrero), así como introducir en los procedimientos de selección un requisito o condición que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad por lo que, a *sensu contrario*, es preciso que los requisitos establecidos en cada caso tengan una justificación objetiva y razonable; de ahí que resultara imprescindible que se motivara adecuadamente el porqué la Universidad recurrida se plantea en ese instante la creación de una nueva cátedra, la tercera de Derecho Administrativo, dotando a la misma del referido perfil. Con esto no se discute lo que la Universidad llama "su derecho-deber de matizar, en lo que resulte oportuno, el perfil de la plaza", sino que, para uso de esa facultad discrecional con la que cuenta, se proclama su deber legal de razonar ese matiz y esa oportunidad con el fin de poder saber y, en su caso, comprobar, que están uno y otra en consonancia con las necesidades docentes.

Las argumentaciones efectuadas *a posteriori* al resolver el recurso de reposición y contenidas en el informe elaborado por la Comisión Permanente del Departamento de

Derecho Público, coincidimos con el recurrente, no pueden servir de esa motivación que terminantemente exige el citado art. 54.1.f) de la Ley 30/1992. El propio don Eduardo Gamero Casado califica dicho informe de "trámite rutinario que se sigue en todos los recursos que se tramitan en la Universidad". Además, no basta con recalcar, como se hace en ese informe, "la especificidad del Derecho del Deporte", ponderando la "densidad y especificidad de la masa normativa reguladora del deporte" así como su "multidisciplinariedad", para a continuación afirmar que, con todo, "el Derecho Administrativo general es el componente primordial del perfil y el Derecho del Deporte un accesorio" y "todos cuantos gocen del perfil genérico Derecho Administrativo están en perfectas condiciones para concursar", sino que, en la medida que colocaba a los potenciales candidatos a la plaza en diferente posición de partida como antes se dijo, se requería exponer el motivo por el que se hacía la convocatoria de esta manera en ese preciso momento, lo que no queda determinado por la remota creación en el curso 2004/2005 de la Facultad de Ciencia del Deporte, ni por los objetivos fijados en el Plan Estratégico de la Universidad para los años 2005/2010, ni aun menos por la también posterior declaración del Decano de la Facultad del Deporte expresiva de que "la asignatura Organización y Legislación del Deporte está adscrita al Departamento de Derecho Público, en virtud del acuerdo adoptado en Junta de Centro de fecha 29 de noviembre de 2010" y se ha hecho "designación" del Sr. Gamero Casado, precisamente, como responsable de su docencia.

CUARTO.- La recurrente alegaba también que la convocatoria y el subsiguiente nombramiento de don Eduardo Gamero Casado, se han efectuado en "abierta desviación de poder" pues se utiliza una potestad discrecional, la posibilidad de establecer perfiles en la concocatoria de las plazas, para un fin desviado, cual es asegurar la promoción automática del candidato doméstico, aduciendo como "vehementes" indicios de ello, además de la falta de consignación presupuestaria sobre cuya oportunidad de examen en esta segunda instancia ya antes nos pronunciamos, que el perfil "se propone y diseña" por el Consejo de Departamento donde se encuentra "inserto" dicho candidato, censurando el que la sentencia recurrida aplica "de manera indebida la presunción de validez de los actos administrativos" haciendo "una valoración errónea y contraria a los criterios jurisprudenciales aplicables de los vehementes indicios" de la existencia de desviación de poder aportados.

A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011 (rec. 4454/2009), sintetiza así la doctrina que a propósito de la desviación de poder "venimos diciendo desde la sentencia de 14 de octubre de 1996, recurso de apelación num. 6200/1990 en aplicación del artículo 83.3 de la vieja LJCA de 1956, y luego hemos repetido en muchas más, por ejemplo en la sentencia de 22 de octubre de 2010, RC 5414/2006, en aplicación ya el artículo 70.2 de la vigente LRJCA, que la desviación de poder es definida en nuestro ordenamiento jurídico *como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico* en aplicación del artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de éste concepto legal la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características: a)El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley (artículo 1-2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y artículo 6 de la Ley 62/78). b)La actividad

administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida entre otras en las sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984. c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la sentencia de 8 de noviembre de 1978. d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita el análisis de la desviación de poder, de conformidad con las sentencias de 30 de noviembre de 1.981 y 10 de noviembre de 1.983. e) 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, y que requieren un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, de los que se deriva la persecución de un fin distinto al previsto en la norma que determina la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1987. f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1.214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditación para otra. g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala (entre otras, las de 6 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1993, 2 de abril y 27 de abril de 1993) que insisten en que el vicio de desviación de poder consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el citado artículo 83 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, y no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine".

Sobre este particular alegato se ha indicar que antes se citó el recurso seguido ante esta misma Sección con el número de registro 562/2012 en el que se impugnaban los concursos a seis plazas de cuerpos docentes universitarios convocados por la Universidad de Cádiz, así como el concurso de acceso a dos plazas vinculadas para tales cuerpos, convocado conjuntamente por la Universidad de Cádiz y el Servicio Andaluz de Salud, impugnados por

el Abogado del Estado porque no se ajustaban a las prescripciones para el año 2012 establecidas tanto en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, como en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para ese año. En dicho recurso se alegaba como motivo de oposición por la Universidad de Cádiz que no nos hallábamos ante unos supuestos de "incorporación de nuevo personal", que es lo que no permite el art. 3.1 del Real Decreto-ley 20/2011 ni el art. 23 de la Ley 2/2012, sino de promoción profesional, derecho recogido en el art. 35 de la Constitución y 14.c) del Estatuto Básico del Empleado Público que ostenta el personal docente e investigador (PDI), compuesto de las categorías de personal laboral de ayudante y contratado doctor, y el personal funcionario, integrado por profesor titular y catedrático de universidad, por lo que si bien las plazas convocadas en respuesta a esas solicitudes de sus peticionarios se ofrecían como concurso público por imperativo del art. 62 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en realidad tal concurso responde al sistema de promoción del personal docente e investigador (PDI); en concreto, se aducía que se trataba de una exigencia impuesta por el art. 19 del Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades públicas de Andalucía, según el cual "los profesores contratados en alguna de las categorías ordinarias de personal docente e investigador con contrato laboral a tiempo completo, definidas en el apartado 1 del artículo 14, que cumplan los requisitos legales para optar a una figura superior, incluyendo la de profesor titular de universidad, tendrán derecho, previa solicitud, a la dotación de una plaza en la RPT que les posibilite promocionar a dicha figura superior..."; y ya se anticipó que esta Sala se pronunció acogiendo la pretensión del Abogado del Estado que sostenía que las convocatorias recurridas no podían ser procedimientos de promoción interna pues no lo permite el artículo 62 de la Ley Orgánica 6/2001.

También en el rollo de apelación 472/2013 en el que se recurría una sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de los de Córdoba que estimaba el recurso deducido por el Abogado del Estado contra el concurso de acceso a una plaza vinculada para el Cuerpo de Catedráticos de Universidad, área de Microbiología, convocado conjuntamente por la Universidad de Córdoba y el Servicio Andaluz de Salud, precisamente porque no se ajustaba a las limitaciones presupuestarias para el año 2012 establecidas en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, esta Sala rechazó con iguales argumentos la alegación de la Universidad de Córdoba de que la sentencia impugnada aplicaba indebidamente el art. 3.1 del Real Decreto-ley 20/2011 al entender la Universidad apelante, del mismo modo, que no nos hallábamos ante un supuesto de incorporación de personal de nuevo ingreso o de incorporación de nuevo personal sino de promoción profesional y era "en el ámbito de la LOU y de las normas que reglamentariamente aprueben las Universidades sobre procesos de promoción donde ha de encuadrarse la convocatoria de la plaza impugnada", en concreto, -se decía- "a través de un proceso de mayoración" que permitía la progresión de la carrera profesional a los Profesores Titulares de Universidad. En dicho recurso, el adjudicatario de la plaza convocada, codemandado, alegaba "que su nombramiento no está dentro de los supuestos de hecho contemplados en el art. 3 del Real Decreto-ley 20/2011, pues el sistema

de nombramiento de la Universidad de Córdoba, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de esa Universidad de 2 de febrero de 2007, establece una serie de peculiaridades según las cuales en el momento en que un profesor de la Universidad de Córdoba obtiene su acreditación nacional porque acredita méritos para acceder a una plaza superior, y una vez el Departamento correspondiente concede su beneplácito, *automáticamente su plaza se mayoriza, es decir, se transforma; en consecuencia no hay que esperar a que exista vacante, tampoco se trata de cubrir una vacante sino que su plaza –de profesor titular en este caso- se transforma en una de Catedrático* y *tanto es así que tampoco deja vacante alguna sino que la plaza que ostentaba de profesor titular automáticamente se amortiza*".

Además, en el recurso seguido igualmente ante esta misma Sección con el número de registro 561/2012 en el que se impugnaba por el Abogado del Estado por iguales razones el concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios convocado por resolución de 9 de mayo de 2012 de la misma Universidad Pablo de Olavide, que es aquí también contra la que se dirige el presente recurso, concurso en el que se establecían en su base 2.2 iguales requisitos específicos de los candidatos que la convocatoria en este procedimiento impugnada, la representación procesal de la Universidad Pablo de Olavide alegaba al contestar la demanda que "acordó la convocatoria impugnada como consecuencia del ejercicio por los profesores acreditados por la ANECA de su derecho a la promoción profesional", y, concretamente, en lo que respecta a "aquellos profesores titulares de Universidad, y por lo tanto ya funcionarios, que obtengan acreditación como catedráticos de Universidad, también gozan del derecho a que, previa solicitud, les sea dotada una plaza de catedrático en sus correspondientes áreas/ámbitos de conocimiento, según se dispone en el artículo 6 de la normativa *Marco para la organización del profesorado*", norma esta "que fue adoptada por acuerdo de Gobierno de esta Universidad el 20 de diciembre de 2010, en el ámbito de su autonomía universitaria, resulta de obligado cumplimiento, y no entra en contradicción con otra de superior rango".

Con esto se quiere sentar que si bien, como alega la representación procesal de la Universidad Pablo de Olavide, no es objeto del presente recurso el sistema de acceso a los cuerpos docentes universitarios, la restricción de estos concursos al personal propio para garantizar la promoción interna está en contradicción con los principios de mérito, capacidad, igualdad de trato y de oportunidades, sin que esto signifique ninguna vulneración de la autonomía universitaria pues está reconocida dicha autonomía en el art. 27.10 de la Constitución "en los términos que la ley establezca", y el artículo 64.1 de la Ley Orgánica 6/2001 preceptúa en efecto, según se dijo preliminarmente, que "en los concursos de acceso quedarán garantizados, en todo momento, la igualdad de oportunidades de los candidatos y el respeto a los principios de mérito y capacidad".

Pero centrándonos en el presente caso, y pese a los indicios referidos por el recurrente acerca de la existencia de desviación de poder, don Eduardo Gamero Casado ya alegó que el informe emitido por la Comisión Permanente del Departamento de Derecho Público justificaba, y no ha quedado desvirtuado ni contradicho siquiera de contrario, que "existía una extensa nómina de potenciales candidatos, además de los dos que firmaron la convocatoria, que habían publicado sobre el Derecho del Deporte", lo que impide apreciar de modo manifiesto y palmario el "que se haya hecho un traje a medida del candidato local"

como asevera el recurrente. También insiste el Sr. Gamero Casado "en el escaso peso específico que tiene el perfil accesorio *Derecho del Deporte* según los criterios de valoración aprobados por la Comisión Juzgadora" con posterioridad, pues "el historial docente e investigador tiene una puntuación máxima de hasta 6 puntos, la capacidad de exposición y debate hasta 1 punto, siendo la puntuación máxima de la valoración del Proyecto Docente e Investigador de los aspirantes, en relación con el perfil de la plaza (Derecho Administrativo. Derecho del Deporte) de 3 puntos, cuyo desglose es: Proyecto docente: 1,5 Proyecto investigador: 1.5; de lo que resulta acreditado, habida cuenta de la existencia de un perfil genérico Derecho Administrativo, y otro accesorio Derecho del Deporte, que la puntuación de este último nunca podría superar los 1,5 puntos", y, por tanto, "donde apenas tenía peso específico el perfil accesorio Derecho del Deporte, mi representado obtuvo una calificación final de 9,58 sobre 10 puntos".

Efectivamente, en los informes de los miembros de la Comisión que juzgó el concurso de acceso para la provisión de la plaza 13/2009, obrantes a los folios 24 y siguientes del complemento de expediente, se observa y comprueba, en la valoración cuantificada que les mereció dicho concursante, ese escaso peso específico del perfil de Derecho del Deporte en la calificación final a la luz de los criterios específicos de valoración utilizados (folios 11 y ss), no obstante reconocer previamente que para ello se tuvo en cuenta por dicha Comisión como criterio general que "se utilizarán para la valoración de los concursantes en adecuación a las especificaciones de la plaza establecida en la convocatoria". En dichos informes de los miembros de la Comisión, que recogen la motivación de la alta puntuación obtenida por el Sr. Gamero Casado en los distintos apartados valorados, es llamativo que ni siquiera queda mencionado el "Derecho del Deporte", su incidencia o relevancia de algún modo, en el proyecto docente e investigador que valoran de este partícipe o en la evaluación de su historial académico, por lo que, según se desprende de su contenido, a la postre, en efecto, la Sala, a la vez que no puede entender en modo alguno justificado con dicha valoración que se estableciera el perfil "a fin de asegurar que quien resulte adjudicatario se adecue a las necesidades docentes e investigadoras" de la Universidad, que es lo que ésta alega, tampoco puede concluir categóricamente, pese a los indicios, que el perfil se instauró para beneficio del Sr. Gamero Casado, o desmentir lo que recogía el informe de la Comisión Permanente del Departamento de Derecho Público cuando expresó que "es claro que cualquier administrativista general de brillante currículo (el recurrente cita a Otto Mayer) está en perfecta disposición para concurrir al concurso y obtener la plaza", pues la importancia del perfil con el que inmotivadamente se convocó la plaza, por cómo fue en definitiva calificada su relevancia ulteriormente, resultó "insignificante" como dice el Sr. Gamero.

La conclusión es, pues, que no hay datos de la suficiente intensidad para acoger el alegato de la desviación de poder que fue denunciada, porque la falta de motivación acerca de las razones por las que se convocó la plaza en ese momento con el señalado perfil, que antes ha sido apreciada, aunque es determinante de anulabilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, por sí sola y en atención a la valoración dada al final por la Comisión que juzgó el concurso, no permite llegar a la convicción de que la Universidad demandada dirigió su actuación a una finalidad distinta a la legalmente

contemplada para los concursos litigiosos: seleccionar al aspirante más idóneo, esto es, de mejor mérito y más capacidad.

Se impone, pues, conforme a estos razonamientos la estimación del recurso de apelación, con revocación de la sentencia apelada, y la estimación de la demanda que interesaba la anulación de los actos administrativos recurridos.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la L.J.C.A. no procede hace pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Javier Barnés Vázquez contra la sentencia de 28 de diciembre de 2012, completada por auto de 21 de febrero del 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Sevilla en el procedimiento allí seguido con el número 541/2009, debemos revocar dicha sentencia, y anular la resolución desestimatoria de su recurso de reposición deducido frente a la resolución de la Universidad Pablo de Olavide de 29 de mayo de 2009 por la que se convoca la plaza 13/2009, así como la resolución rectoral de 1 de octubre de 2009 de la Universidad por la que se nombra catedrático de Universidad a don Eduardo Gamero Casado. Sin costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.