

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº1 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: 951939071 Fax: 951939171
N.I.G.: 2906745320180002841

Procedimiento: Derechos Fundamentales 399/2018. Negociado: 9

Recurrente: [REDACTED]
Letrado: [REDACTED]
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Representante: [REDACTED]
Procuradores: AURELIA BERBEL CASCALES
Acto recurrido: Resolución de 8/6/18 del AYTO MALAGA

En nombre de S.M. el Rey y de la autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 452/2018

En Málaga, a veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

Doña Asunción Vallecillo Moreno, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número P.E. 399/18, interpuesto al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por [REDACTED] Abogado actuando en su propio nombre y defensa, contra el Ayuntamiento de Málaga, representado por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistido por la Letrada adscrita a sus Servicios de Asesoría Municipal Sra. Almagro Martín-Lomeña, con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por [REDACTED] se interpuso recurso contencioso-administrativo al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra el Anuncio publicado en el Portal Interno del Ayuntamiento con fecha 8 de junio de 2.018 para la provisión del puesto "Jefe de Negociado de Agrupación de Voluntarios y Gestión de Desfibriladores dentro del organigrama del Área de Seguridad.



SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir su demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, del que se le dio traslado a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para efectuar alegaciones a la demanda, que ambos verificaron y tras la práctica de la prueba admitida y el trámite de conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso por el recurrente contra el Anuncio publicado en el Portal Interno del Ayuntamiento con fecha 8 de junio de 2.018 para la provisión del puesto "Jefe de Negociado de Agrupación de Voluntarios y Gestión de Desfibriladores dentro del organigrama del Área de Seguridad. En la demanda presentada con posterioridad se solicita se declare la nulidad de la convocatoria recurrida así como en su caso, del nombramiento que se haya producido con posterioridad y se obligue al Ayuntamiento de Málaga a convocar este puesto de trabajo mediante concurso de méritos aunque sea urgente y provisional pero con detalle de requisitos a cumplir específicamente por los candidatos, méritos concretos que se puedan alegar, puntuación de cada uno de esos méritos, funciones concretas del puesto de trabajo y designación de tribunal o comisión técnica que evalúe los méritos. En la demanda presentada la parte actora entiende vulnerados el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 de la Constitución) y el derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución) pues el Ayuntamiento nombra a la persona en cuestión sin posibilidad de que otros empleados de la Corporación posiblemente interesados en acceder al mismo pudieran concurrir con unas mínimas garantías de



igualdad y, consecuentemente, no discriminación añadiendo que aquí se utiliza la comisión de servicios en fraude de ley.

SEGUNDO.- La Administración demandada se opone a la anterior pretensión alegando que, en primer lugar, existe desviación procesal entre el acto impugnado (anuncio de convocatoria) y la pretensión actora (que se anule el nombramiento resuelto respecto de dicha convocatoria) y que en todo caso las cuestiones planteadas serían de legalidad ordinaria y no con base en vulneración de derechos fundamentales; que en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento para el nombramiento impugnado está respaldado por los últimos casos analizados por los respectivos órganos judiciales por lo que no cabe dudar de su legalidad y el nombramiento es en comisión de servicios interna y cumple con la legalidad vigente y está incardinado entre las potestades de auto-organización de las Administraciones Públicas, siendo cuestión distinta y ajena al objeto de este recurso la postura contraria del recurrente a esta forma de provisión de puestos de trabajo, estimando, por tanto, que no estamos ante una provisión de puestos de trabajo, sino ante el ejercicio de la facultad de auto-organización mediante la cobertura temporal de una vacante, por razones de urgencia e ineludible necesidad, por lo que no cabe realizar un procedimiento de concurrencia y de valoración de méritos, tal y como exige el recurrente.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo al entender que en el presente caso se justifica de manera suficiente la concurrencia del sistema de provisión seleccionado por lo que no puede entenderse vulnerado el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución.

CUARTO.- El recurrente [REDACTED] Abogado actuando en su propio nombre y defensa y como conocen las partes de este procedimiento ha interpuesto numerosos procedimientos desde el año 2.013 en este y en los otros Juzgados de





lo Contencioso-administrativo de Málaga impugnando siempre resoluciones del Ayuntamiento de Málaga en la que se designaba a funcionarios para diversos puestos mediante el mecanismo de la comisión de servicios interna.

Concretamente en este Juzgado se decidió en los procedimientos especiales 677/15 y 698/15 al dictar sentencia en los mismos de fecha 5 de agosto de 2.016, a aplicar el criterio de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA con sede en Málaga que dictó sentencia en fecha 18 de septiembre de 2.015 en el rollo de apelación nº 876/2015, por la que se revocaba la sentencia desestimatoria dictada por este Juzgado en el recurso contencioso-administrativo nº 392/12 seguido entre el mismo recurrente y el Ayuntamiento de Málaga, por la provisión de un puesto por el mismo cauce que el presente, esgrimiendo en dicho recurso idénticos argumentos para sostener similar pretensión. En los fundamentos de la mencionada sentencia se afirma: *“SEGUNDO: Entrando a conocer del primero y segundo de los motivos alegados por la parte apelante, pues por su contenido son merecedores de un tratamiento unitario, que, como se anunció, estriba en entender que el Decreto del Ayuntamiento de Málaga de fecha 18 de Marzo de 2014, por el que se nombró en comisión de servicios a [REDACTED] como Jefa de negociado de Rehabilitación y Gestión de Parques Industriales y Empresariales, se han vulnerado los arts 36 y 64 del RD 364/1995 en relación con los artículos 62 y 54 de la ley 30/92, a la par que se han quebrantado los derechos establecidos en los arts 23 y 14 de la Constitución no respetándose la igualdad de mérito y capacidad al no existir una urgencia inaplazable para cubrir el puesto de trabajo, falta de provisionalidad del nombramiento y falta de motivación, el mismo ha de ser acogido y ello por las siguientes consideraciones: En primer lugar por cuanto que si bien es cierto que la comisión de servicios es un procedimiento singular en cuanto que a su través de lo que se trata es de cubrir temporalmente un puesto de trabajo por razones de urgente e inaplazable necesidad, ello no autoriza, pues no hay incompatibilidad, a que se prescinda, a la hora de seleccionar el funcionario que vaya a cubrirlo, de cualquier sistema de selección*



que suponga quebrantar el principio de igualdad en el acceso a la función pública establecido en el art 23 de la Constitución y como reflejo de éste, de los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en el art 78 de la ley 7/07. En segundo lugar porque, una vez que el citado art 78 establece la aplicabilidad de dichos principios a toda provisión de puestos de trabajo, nada obsta a que también se apliquen a la provisión a través de una comisión de servicios pues dicho sistema es una forma de provisión de puestos de trabajo como así se deduce del hecho de que se regule en el capítulo IV del título III del RD 364/1995 como "otras formas de provisión"; en tercer lugar porque una vez que es exigencia legal, según establece el art 64 antes citado, para acudir a dicho sistema de provisión de puesto de trabajo, que resulte urgente e inaplazable su cobertura a través de él y no de los sistemas ordinarios, dicha urgencia ha de quedar suficientemente acreditada, lo que no ocurre en el actual supuesto en el que el puesto estuvo vacante dos años y cinco meses, no pudiendo frente a ello compartirse las razones que aduce la Administración – necesidades surgidas tras el repunte de la situación económica – pues con independencia de si dicho repunte, por real, conlleva la necesidad del nombramiento, al no constar en el Decreto de 18 de Marzo de 2105, en el que al respecto se aducía que "la urgencia... no es un elemento determinable a priori ni a largo plazo, sino que se plantea así, en un momento determinado, para garantizar la organización y evitar el riesgo para el normal funcionamiento del Servicio Publico encomendado", expresión que por abstracta y genérica roza lo enigmático, y en cuarto lugar por cuanto que lo que se discute no es tanto si la persona que fue designada reunía las condiciones profesionales que la capacitasen para desempeñar el puesto de trabajo, sino que lo que se discute es si podía haber otros que reunían otras condiciones mejores, lo que solamente podrá determinarse si a éstos últimos e les permite acceder a la oferta.

TERCERO: Estimados los anteriores motivos y entrando a conocer del tercero de los motivos alegados que como quedo dicho estriba en entender que se ha quebrantado el art 80 del Estatuto Básico de la





Función Pública al procederse a la designación sin la publicidad necesaria, al igual que los anteriores ha de ser acogido y ello por cuanto que, aunque dicho artículo 80 en su literalidad es aplicable a la libre designación, ello no supone que para la comisión de servicios de prescinda de toda publicidad pues por un lado, para cuando se trata de una comisión de servicios voluntaria y no forzosa, como es el caso, sino se publicita ésta, se haría ilusorio el derecho de acceder a la misma, no pudiendo argüirse en su contra y como se reprocha en la sentencia apelada, que el apelante por haber accedido a una comisión de servicios, contraviene sus propio actos, porque aun cuando pudiese concluirse así, es claro que para poder hacerlo habría que haberle dado la oportunidad de poder solicitar el puesto vacante y una vez solicitado denegárselo por dicho motivo, lo que supondría una cuestión de legalidad ordinaria, pero no desestimar su pretensión, para lo cual es preciso que a la cobertura de la plaza se le dé un mínimo de publicidad suficiente a fin de que otros funcionarios puedan interesar la misma, pues no haciéndolo así, la comisión de servicios se convertiría indirectamente en un sistema de libre designación”.

QUINTO.- Ahora bien, por auto quince de febrero de dos mil diecisiete dictado en la pieza separada de incidente de ejecución N° 392.6/14 este Juzgado ya observó que el Ayuntamiento de Málaga tras los pronunciamientos judiciales fijó un procedimiento para la provisión en general de los puestos de trabajo de estructura municipal, pudiendo observarse que tanto por los trámites establecidos para dicho procedimiento como el contenido de la sentencia de la Sala que el mismo cubre la fundamentación jurídica de la sentencia que es la trascrita y que sirve de base para los pronunciamientos de este Juzgado. Así dice dicho auto: “Planteado en estos términos el debate, la cuestión incidental promovida ha de resolverse de conformidad con los siguientes argumentos: el acto impugnado y que es dejado sin efecto por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA con sede en Málaga es el Decreto de fecha 18 de marzo de 2.014 del Ayuntamiento de Málaga por el que se desestima el recurso de reposición formulado contra el Decreto de fecha 10 de febrero de 2.014 por el que se





nombra con carácter provisional en comisión de servicios interna a [REDACTED] como Jefa de negociado Técnico tipo III dentro del organigrama de Área de Rehabilitación y Gestión de Parques Industriales y Empresariales. Consta en las actuaciones de esta pieza informe del Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad del Ayuntamiento de Málaga, donde se hace constar que dicho nombramiento ha sido dejado sin efecto, que el Ayuntamiento de Málaga ha fijado un procedimiento para la provisión en general de los puestos de trabajo de estructura municipal y lo describe pudiéndose observar tanto por los trámites establecidos para dicho procedimiento como el contenido de la sentencia que el mismo, como alega el Ministerio Fiscal, cubre la fundamentación jurídica de la sentencia que en ningún momento obliga de manera explícita a mayores requisitos, siendo que lo esencial que se refleja en dicha sentencia y que provocó su estimación y revocación del acto era el requisito de publicidad que evidentemente con los trámites llevados a cabo en ejecución de la sentencia se cumple pues se ha tenido conocimiento de la convocatoria e incluso ha podido ser impugnada como también se acredita. No se aprecia además dado el establecimiento de un procedimiento en general y de un nombramiento adaptado a él, que este acto está dictado con finalidad de eludir la sentencia en cuestión y ello sin perjuicio de que este nuevo acto, por otros motivos pueda ser impugnado de manera independiente y en otro procedimiento como ya se ha hecho, por lo que la cuestión incidental promovida ha de ser desestimada.

SEXTO.- Este último criterio recogido en el descrito auto es el que ahora también sigue la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA con sede en Málaga y que se refleja en la sentencia aportada por la parte demandada de fecha 19 de marzo de 2.018 y contra la que la parte actora presentó recurso de casación que ha sido inadmitido a trámite ya que en el presente caso y en el analizado por dicha sentencia estamos ante un caso idéntico donde en el anuncio de provisión del puesto de trabajo discutido se abre un procedimiento de concurrencia competitiva donde se describe el puesto de trabajo y sus requisitos, fijando el lugar al que deben dirigirse las solicitudes y el plazo para su formulación, luego el anuncio de la convocatoria que es el objeto de este recurso como se anuncia en el escrito de interposición de recurso sin que el mismo se llegue a ampliar formalmente a ningún otro acto administrativo posterior, es conforme al criterio de la Sala que se recoge en la mencionada sentencia.





Elementales principios de igualdad y seguridad jurídica que han de regir, entre otros, las decisiones judiciales, y siendo el órgano del que dimana la sentencia mencionada el órgano superior en grado de este Juzgado, se han de tener por reproducidos los fundamentos de derecho transcritos para basar esta resolución y que obligan a desestimar el presente recurso contencioso-administrativo al considerar, como dicha sentencia y al ser este idéntico caso jurídico, que con el acto administrativo impugnado no se ha vulnerado el artículo 23.2 de la Constitución Española que recoge el derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad.

Por último, y aunque haya de reconocerse la aparente contradicción de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA con sede en Málaga y que se traduce en la sentencia mencionada de fecha 19 de marzo de 2.018 y la sentencia aportada por la parte actora de la misma Sala de fecha 19 de julio de 2.018, lo cierto es que esta segunda sentencia se dicta en procedimiento ordinario y la anterior en procedimiento especial de derechos fundamentales y, por lo tanto, ha de ser aplicada al presente caso donde se trata del estudio precisamente de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, como ha ocurrido en los dos últimos procedimientos de protección de derechos fundamentales instados por el recurrente ante este Juzgado pe 233/17 y pe 240/17 cuyas sentencias se han dictado con esta misma fecha y ante circunstancias similares.

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la L.J.C.A. en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011: en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho y observando lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos, procede no hacer especial imposición de las costas causadas.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por [REDACTED] Abogado actuando en su propio nombre y defensa contra el acto administrativo del Ayuntamiento de Málaga descrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, se declara que el mismo es ajustado a Derecho y sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme la presente resolución, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia junto con testimonio de esta resolución.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Así, por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

