

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº7 DE
MALAGA**

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177- cuenta 4333

N.I.G.: 2906745020170002847

Procedimiento: Derechos Fundamentales 396/2017. Negociado: E

Recurrente: [REDACTED]

Letrado: [REDACTED]

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Acto recurrido: (Organismo: AYUNTAMIENTO MALAGA)

SENTENCIA NÚM. 322/19

En la ciudad de Málaga, a 4 de octubre de 2019.

El magistrado titular de este Juzgado, Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente, ha visto el recurso contencioso-administrativo número 396/2017, interpuesto por [REDACTED] que asume su propia defensa, contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por la Procuradora D.ª Aurelia Berbel Cascales y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, de cuanta INESTIMABLE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- [REDACTED] interpuso recurso contencioso-administrativo, para su tramitación como procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra el Decreto de fecha 5 de julio de 2017, dictado por el Sr. Teniente de Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad, que desestimó los recursos de reposición interpuestos por [REDACTED] frente a los anuncios publicados en el Portal Interno del Ayuntamiento los días 22 y 29 de mayo de 2017, para la provisión temporal de los siguientes puestos:

- Jefe de Sección Económica del Área de Derechos Sociales;
- Jefe de Negociado de Ferias y Eventos del Área de Promoción Empresarial y del Empleo;
- Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad;
- Jefe de Negociado de Pagos del Área de Economía y Presupuestos.

SEGUNDO.- Tras la reclamación del expediente administrativo se acordó proseguir las



actuaciones por el trámite del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y dar traslado del expediente al actor, que el 11 de septiembre de 2017 presentó demanda en la que después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que reputaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"Primero.- Se anule el nombramiento de las personas designadas para los puestos de trabajo aquí impugnados, con excepción del de Grupo de Promoción en destino del Área de Turismo, en el que no hay propuesta de nombramiento.

Segundo.- Se anulen las convocatorias aquí recurridas, las cuatro.

Tercero.- Se obligue al Ayuntamiento a realizar una convocatoria del citado puesto mediante concurso de méritos, aún urgente, y provisional, con detalle de:

a) Requisitos de los posibles aspirantes.

b) Méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo.

c) Nombramiento de un Tribunal calificador de los mismos" (sic).

TERCERO.- Por diligencia se acordó dar traslado del escrito de demanda y del expediente al Ayuntamiento de Mlaga y al Ministerio Fiscal, interesando el primero la inadmisión o desestimación del recurso, mientras que la Fiscal solicitó que fuera estimado.

CUARTO.- Mediante auto se acordó el recibimiento del recurso a prueba, tras lo cual se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones, declarándose a continuación los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- El recurrente ha presentado el 12 de febrero, el 11 de marzo y el 16 de mayo de 2019, sendos escritos a los que adjuntaba varias resoluciones judiciales que se ha acordado unir a efectos ilustrativos.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, funcionario de carrera del Ayuntamiento de Málaga, dirige su recurso a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la resolución confirmatoria de los anuncios publicados en el Portal Interno del Ayuntamiento los días 22 y 29 de mayo de 2017, para la provisión temporal en comisión de servicios interna de los siguientes puestos:

- Jefe de Sección Económica del Área de Derechos Sociales;
- Jefe de Negociado de Ferias y Eventos del Área de Promoción Empresarial y del Empleo;
- Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad;
- Jefe de Negociado de Pagos del Área de Economía y Presupuestos.

Mantiene el actor que las convocatorias vulneran los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 (*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*) y 23.2 (*los ciudadanos... tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*) de la Constitución Española, y los principios de capacidad, mérito, igualdad y no discriminación y publicidad como parámetros constitucionales y legales para la cobertura de puestos en la función pública.

Conviene significar que en su demanda el actor, además de pedir la anulación de las convocatorias, interesa también se anulen los nombramientos de las personas que fueron designadas (con excepción del de Grupo de Promoción en destino del Área de Turismo, en el que no hay propuesta de nombramiento); y que se obligue al Ayuntamiento a realizar las convocatorias mediante concurso de méritos, aún urgente, provisional e inaplazable, con detalle de: a) los requisitos de los posibles aspirantes; b) los méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo; c) el nombramiento de un Tribunal calificador de los mismos.

El Ayuntamiento opone que el actor incurre en desviación procesal, ya que interesa la anulación de actos (los nombramientos de los funcionarios que fueron seleccionados) a los que no ha pedido formalmente ampliar el recurso, e invoca derechos fundamentales no



citados en su escrito de interposición; que solo plantea cuestiones de legalidad ordinaria que no pueden ser objeto del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona; y subsidiariamente, que las convocatorias cumplen los requisitos exigidos por la normativa aplicable y la jurisprudencia que la interpreta.

SEGUNDO.- ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, dictada el 6 de noviembre de 2013 en el recurso 145/2013,

"...con anterioridad a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó el ámbito del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en la Ley 62/1978, circunscribiéndolo al análisis de la vulneración de los derechos fundamentales, de tal manera que quedaban extramuros del mismo cualesquiera otras pretensiones distintas que dimanaran de la interpretación de la legalidad ordinaria. A tal efecto, los tribunales efectuaban un doble análisis. En primer lugar, se verificaba si el acto del poder público, con independencia de su corrección jurídica, percutía directamente sobre el ámbito de los derechos fundamentales, lo que determinaba la viabilidad del proceso, toda vez que si no se apreciaba la existencia de tal incidencia se decretaba la inadmisibilidad. En segundo lugar, si se constataba el influjo de la actuación en el ámbito de un derecho fundamental, se entraba en el fondo y se analizaba si la actividad sometida a fiscalización era ajustada o no a Derecho.

Este segundo análisis, determinante de la estimación o desestimación del recurso, quedaba ceñido a la vulneración de los derechos fundamentales. Los restantes aspectos de la actividad pública que afectaban a la legalidad ordinaria quedaban reservados para el procedimiento ordinario y radicalmente apartados del de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (SSTS de 14 de agosto de 1979, 21 de abril y 3 de julio de 1980, 14 de mayo y 8 de julio de 1981; 15 y 7 de enero de 1982; 15 de enero, 9 de junio y 7 de julio de 1983). Dicho análisis previo de incidencia o percusión en el ámbito de los derechos fundamentales con virtualidad sobre la admisión o inadmisión del proceso fue avalado por el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 37/1982, señaló que no existía una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental, de tal manera que si el recurrente acudía al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado de la vía ordinaria, por sostener que se había producido una lesión de derechos fundamentales cuando prima facie podía afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no había percutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia había de ser la inadmisión del recurso. Es cierto, que ... la Ley Jurisdiccional de 1998 puso de relieve en su Exposición de Motivos que el procedimiento de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales regulado en la misma pretendía superar la rígida distinción entre derechos fundamentales y legalidad ordinaria, y ello por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Como sostiene el Abogado del Estado, la ampliación de ámbito efectuada por la Ley Jurisdiccional permite matizar la doctrina anterior, pero no autoriza a prescindir totalmente de ella. Su finalidad no es otra que evitar que se restrinja en exceso el ámbito



del objeto procesal, excluyendo aquellos casos en los que el control sobre la vulneración de los derechos fundamentales exige analizar previamente la legalidad ordinaria. Pero no puede entenderse como un reconocimiento de la posibilidad de extender aquél hasta aquellos supuestos en los que las alegaciones se funden exclusivamente en problemas de legalidad ordinaria aunque remotamente se invoque la vulneración de un derecho fundamental. Ello supondría...desnaturalizar el sentido y alcance de esta específica vía procesal, caracterizada por la brevedad de los plazos y por la tramitación preferente..."

TERCERO.- SENTENCIAS DICTADAS POR EL TSJ DE ANDALUCÍA (MÁLAGA).

A) [REDACTED] ha interpuesto numerosos recursos ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de esta provincia, como procedimiento abreviado o a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra resoluciones del Ayuntamiento de Málaga que designaban funcionarios para diversos puestos de Jefatura de Negociado o Sección mediante el mecanismo de la comisión de servicios interna, o contra el propio anuncio de la convocatoria.

Concretamente, en este Juzgado han sido resueltos el PA n.º 287/13 (contra el nombramiento en comisión de servicios de dos puestos de Jefe de Negociado), los procedimientos de derechos fundamentales n.º 848/14 y 538/15 (contra los nombramientos en comisión de servicios en sendos puestos de Jefes de Sección), y los PA n.º 302/16 (contra la convocatoria para la cobertura en comisión de servicios de un puesto de Jefe de Sección) y 591/16 (contra la convocatoria para la cobertura en comisión de servicios de puestos de Jefe de Grupo y Jefe de Negociado).

En los tres primeros recayó sentencia (al menos parcialmente) estimatoria, que son firmes, mientras que los dos últimos fueron desestimados mediante sentencias contra las que el [REDACTED] interpuso recurso de apelación, que no consta haya sido resuelto.

La sentencia dictada por este Juzgado en el PA n.º 287/13 fue confirmada por la Sala mediante sentencia de 2 de noviembre de 2017 (rec. 1828/2015), con la siguiente motivación:

"... la "comisión de servicios" es un mecanismo de atribución no definitiva de un puesto de trabajo, que supone el traslado voluntario, excepcionalmente forzoso, de un funcionario a un puesto de trabajo vacante cuya provisión se considera de urgente e inaplazable necesidad, teniendo la misma, tanto la "comisión" "voluntaria" como la "forzosa", legalmente establecidas una duración máxima, siendo su carácter provisional intrínseco a su propia esencia y naturaleza, pues el espíritu y finalidad de los preceptos transcritos es, indudablemente, limitar el tiempo máximo de provisionalidad en el que puede estar nombrado un funcionario en "comisión de servicios".

La comisión de servicios, además, no es una figura cuya utilización sea obligatoria para la Administración, sino potestativa, como se comprueba por la utilización del término "podrá" que se expresa tanto en el artículo 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo. Pertenece pues al



citados en su escrito de interposición; que solo plantea cuestiones de legalidad ordinaria que no pueden ser objeto del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona; y subsidiariamente, que las convocatorias cumplen los requisitos exigidos por la normativa aplicable y la jurisprudencia que la interpreta.

SEGUNDO.- ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, dictada el 6 de noviembre de 2013 en el recurso 145/2013,

"...con anterioridad a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó el ámbito del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales previsto en la Ley 62/1978, circunscribiéndolo al análisis de la vulneración de los derechos fundamentales, de tal manera que quedaban extramuros del mismo cualesquiera otras pretensiones distintas que dimanaran de la interpretación de la legalidad ordinaria. A tal efecto, los tribunales efectuaban un doble análisis. En primer lugar, se verificaba si el acto del poder público, con independencia de su corrección jurídica, percutía directamente sobre el ámbito de los derechos fundamentales, lo que determinaba la viabilidad del proceso, toda vez que si no se apreciaba la existencia de tal incidencia se decretaba la inadmisibilidad. En segundo lugar, si se constataba el influjo de la actuación en el ámbito de un derecho fundamental, se entraba en el fondo y se analizaba si la actividad sometida a fiscalización era ajustada o no a Derecho.

Este segundo análisis, determinante de la estimación o desestimación del recurso, quedaba ceñido a la vulneración de los derechos fundamentales. Los restantes aspectos de la actividad pública que afectaban a la legalidad ordinaria quedaban reservados para el procedimiento ordinario y radicalmente apartados del de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (SSTS de 14 de agosto de 1979, 21 de abril y 3 de julio de 1980, 14 de mayo y 8 de julio de 1981; 15 y 7 de enero de 1982; 15 de enero, 9 de junio y 7 de julio de 1983). Dicho análisis previo de incidencia o percusión en el ámbito de los derechos fundamentales con virtualidad sobre la admisión o inadmisión del proceso fue avalado por el Tribunal Constitucional que, en su sentencia 37/1982, señaló que no existía una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental, de tal manera que si el recurrente acudía al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado de la vía ordinaria, por sostener que se había producido una lesión de derechos fundamentales cuando prima facie podía afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no había percutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia había de ser la inadmisión del recurso. Es cierto, que ... la Ley Jurisdiccional de 1998 puso de relieve en su Exposición de Motivos que el procedimiento de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales regulado en la misma pretendía superar la rígida distinción entre derechos fundamentales y legalidad ordinaria, y ello por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible en muchos casos si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Como sostiene el Abogado del Estado, la ampliación de ámbito efectuada por la Ley Jurisdiccional permite matizar la doctrina anterior, pero no autoriza a prescindir totalmente de ella. Su finalidad no es otra que evitar que se restrinja en exceso el ámbito



excluye la necesidad de pública convocatoria de la vacante en orden a garantizar la transparencia en la provisión de puestos de trabajo.

2) Aunque es cuestión deviene secundaria visto lo anterior, es deficiente la motivación que acompaña al nombramiento de la candidata seleccionada. La elección de la funcionaria nombrada para el puesto se funda en criterios fundamentalmente subjetivos propios de la designa de cargos de nombramiento discrecional motivados por razones de confianza, supuesto al que se refiere el art. 80 del EBEP, que en cualquier caso exige pública convocatoria, y que no se ajusta al supuesto de autos en el que estamos ante un puesto de provisión reglada, que impondría un procedimiento de pública concurrencia, más ágil por las razones de urgencia que imponen la cobertura inmediata con carácter provisional de la plaza, pero fundado en criterios objetivos relacionados con la carrera profesional de los solicitantes.

Como expusimos en nuestra sentencia de fecha 8 de julio de 2011 (rec. 1255/08) "Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23 y 103 CE), rigen no sólo en el momento del acceso a la función pública sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, son aplicables a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988 y 47/1989), aunque, lo cierto es que también es diferente el rigor e intensidad con que en este último caso operan tales principios, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991). Más concretamente, en el preciso supuesto que ahora se trata, la propia provisionalidad de la provisión del puesto, impuesta por las razones de inaplazable y urgente necesidad acreditada, que imponen la cobertura inmediata de la vacante, unida a la temporalidad de los nombramientos resultantes, permite introducir importantes modulaciones en la atención de aquellos principios constitucionales."

La necesaria modulación de las rígidas exigencias que se imponen para acceder a la función pública no puede hacerse a costa de convertir los procesos de provisión de vacantes en mecanismos de designación aleatorios, tampoco en los casos de comisiones de servicio, en los que la funcionalidad de la figura exige una mayor flexibilidad, de modo que no se impongan complejos baremos de méritos, pudiendo simplificarse la selección conforme a los más sencillos parámetros objetivos al uso en la valoración de la carrera profesional, entre ellos el criterio de antigüedad, esta es la interpretación que ha de efectuarse del citado art. 64 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, tras la entrada en vigor del EBEP, siendo así que la discrecionalidad de la Administración se ha de entender referida a la apreciación de la necesidad de urgente e inaplazable cobertura de la plaza, y a la fijación de criterios selectivos sumarios pero netamente objetivos, pues no puede actuarse la discrecionalidad al margen de los principios sistemáticos que consagra nuestra Constitución y la normativa sectorial de aplicación."

En nuestro caso la sentencia apelada recopila una serie de incumplimientos que se reconducen en la descripción de una práctica administrativa incorrecta como son: la ausencia en el expediente de los decretos de nombramiento ni las actuaciones que, en su caso, les hubieran servido de antecedente y fundamento (oferta o convocatoria, informes, propuestas de designación, etc.), lo que impide conocer el procedimiento seguido para las designaciones, y los motivos por las que nombró a aquellos funcionarios, en lugar de a otros; falta de publicidad en la convocatoria; o falta de acreditación de urgente e inaplazable necesidad..."

Resulta también de interés la sentencia dictada el **18 de septiembre de 2015** (rec. 876/2015), que estimó el recurso interpuesto [REDACTED] como procedimiento especial sobre derechos fundamentales, contra la resolución del Ayuntamiento de Málaga que designaba a una funcionaria como Jefa de Negociado en comisión□ de servicios.

Razonaba la Sala:



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

"...SEGUNDO.- Entrando a conocer del primero y segundo de los motivos alegados por la parte apelante... que, como se anuncio, estriba en entender que el Decreto del Ayuntamiento de Málaga de fecha ...por el se nombro en comisión de servicios a [REDACTED] como Jefa de, 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 merito 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 publica establecido en el art 23 de la Constitución y como reflejo de éste, de los principios de igualdad, merito 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 capitulo IV del titulo 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 se os 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 aún 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 de 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."

En cumplimiento de esa sentencia el Ayuntamiento estableció el siguiente procedimiento para la provisión de puestos de trabajo, que fue comunicado a todas las Áreas y Juntas de Distrito:



"...desde el día de la fecha, el procedimiento a seguir para la provisión de los puestos de trabajo de la estructura municipal y otros puestos singularizados será el siguiente:

- Escrito solicitando se inicien los trámites para la provisión del puesto que corresponda, aunque sea con carácter provisional y en comisión de servicios interna. Este escrito estará suscrito por el Teniente de Alcalde del Área/Distrito al que esté adscrito dicho puesto y dirigido al Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad y se motivará la urgente e inaplazable necesidad de cobertura del puesto.

- Publicidad en el Portal Interno de esta Corporación de la citada provisión.

- Presentación de solicitudes por los interesados en el Área de Recursos Humanos y Calidad, el plazo de 10 días hábiles desde el día siguiente al de la publicación del Anuncio de Provisión del Puesto en el Portal Interno.

- Remisión al Área/Distrito proponente de las solicitudes recibidas en el Área de Recursos Humanos y Calidad.

- Propuesta motivada de nombramiento del Área/Distrito a la que está adscrito el puesto, suscrita por el Teniente de Alcalde competente, determinándose el candidato idóneo en función de diversos aspectos tales como la experiencia, conocimiento de las funciones a desarrollar, titulación académica, formación, etc.

- Nombramiento del candidato propuesto por el Teniente de Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad, por delegación de la Ilma. Junta de Gobierno Local"

La adecuación a derecho de ese sistema de provisión fue reconocida por la Sala en sentencia de 19 de marzo de 2018 (rec. 163/2018), resolviendo en grado de apelación el recurso interpuesto por [REDACTED] contra una convocatoria para la provisión en comisión de servicios de un puesto de Jefe de Sección.

La sentencia comenzaba transcribiendo la dictada por el mismo Tribunal el 8 de julio de 2011 en el recurso 1255/2008, cuyo objeto era el nombramiento de una funcionaria (de otra Administración) para la provisión provisional de un puesto de trabajo:

"...aunque en el presente supuesto la Administración acudió efectivamente a aquel procedimiento de provisión provisional, lo cierto es que el propio acuerdo de iniciación del procedimiento, la resolución de 21 de febrero de 2008 de la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior (documento 3 del expediente), abrió un procedimiento de concurrencia, para lo que no sólo describió el puesto de trabajo y sus requisitos, sino que fijó también el lugar al que debían dirigirse las solicitudes y el plazo para su formulación. De hecho, consta la presentación al menos de dos solicitudes así como la intervención de la Subdirección General de Gestión de Tráfico y Movilidad en la evaluación de los candidatos, formulando la correspondiente propuesta (documento 5 del expediente).

provisional, ni era necesaria la valoración precisa de los méritos alegados (es más ni tan siquiera debía alegarse mérito alguno) ni la Administración debió motivar su decisión con fundamento en la existencia de baremo previo alguno, que no existía, de modo que aun cuando la libertad que en este sentido reconocía el ordenamiento exigía ofrecer la correspondiente motivación al acto (artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992), la que en este caso se empleó (sucinta desde luego, como exige aquel precepto) puede estimarse suficiente al manifestar la elección del funcionario que se estimó más adecuado para la provisión del puesto, expresión que puede encontrarse en la propuesta emitida por el órgano que intervino en la evaluación de los candidatos (documento 5 del expediente) y que, por tanto, resulta suficiente para excluir en el caso la existencia de arbitrariedad o discriminación alguna, máxime todo ello sí, a pesar del silencio que en este sentido guardaba el acuerdo inicial, los participantes fueron sometidos incluso a cierta prueba práctica..." Finalmente, frente a lo extensamente alegado por el recurrente es preciso tener en cuenta que dado el procedimiento que se trataba, de provisión pro

Y continuaba diciendo:



"... 3. En el presente caso el examen del expediente pone de manifiesto:

a) El anuncio de provisión del puesto de trabajo discutido, ... abrió un procedimiento de concurrencia competitiva, describiendo el puesto de trabajo y sus requisitos, fijando el lugar al que debían dirigirse la solicitudes y el plazo para su formulación.

b) Consta la presentación de cinco solicitudes y la propuesta del Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad, motivándola en el mayor conocimiento del candidato, no solo de las funciones generales sino también de las específicas del Puesto.

4. Ello revela que la Administración se sujetó estrictamente al criterio de la Sala en la materia, criterio éste que mantenemos, y que en consecuencia trae aparejada la estimación del recurso de apelación interpuesto... y ello en el sentido que a continuación se dirá..."

En aplicación de esa doctrina este Juzgado desestimó los recursos PA 302/16 y 591/16, promovidos por [REDACTED] contra los anuncios publicados para la cobertura provisional de puestos de Jefe de Grupo, Jefe de Sección o Jefe de Negociado. Ambas sentencias, dictadas el 11 de junio de 2018, han sido apeladas.

B) Ahora bien, esa línea jurisprudencial convive con otra de la misma Sala de lo CA del TSJ de Andalucía en Málaga, que juzga más severamente la adecuación de convocatorias de puestos en comisión de servicios en el Ayuntamiento de Málaga como la aquí analizada, en lo que respecta a su adecuación a los derechos constitucionales y la legalidad ordinaria.

Así, la dictada el 19 de julio de 2018 (rec. 436/2017) anuló las convocatorias de varias plazas de Jefes de Sección o de Negociado, por los siguientes motivos:

"CUARTO: ...en orden al requisito de urgencia, una vez que en el anuncio para la provisión de los puestos de ..., únicamente se hacía constar que se planteaba la "necesidad objetiva y urgente de proceder a la provisión, aunque sea con carácter provisional y en comisión de servicios interna", no puede entenderse cumplido dicho requisito de tener que justificar la urgencia, pues dicha expresión, -- sin especificar la razón de la urgencia, como podía ser el tiempo que llevaba vacante, el trabajo que por dicha razón se había acumulado o cualquier otra que la Administración tuviese por oportuna para no demorar el nombramiento --, no deja de tener un carácter conclusivo que como tal no justifica la urgencia, pues la urgencia es un requisito que como tal hay que justificar que concurre, no presumiéndolo por el simple hecho de que se diga que es urgente su necesidad.

En segundo lugar, en orden a la provisionalidad, porque al establecerse en los citados anuncios solamente que el nombramiento sería "con carácter provisional", sin concretar plazo alguno, al igual que ocurre con el anterior requisito de la urgencia, debió de establecerse el periodo de tiempo el que, en principio, iba a durar la comisión de servicios, entre otras cosas porque ello puede ser determinante para que las personas que en principio puedan presentarse, lo decidan o no.

En tercer lugar, en orden al requisito de que se establezcan los criterios en función de los cuales hayan de valorar las solicitudes, a fin de que se observen los principios de igualdad de mérito y capacidad, porque si bien es cierto que en los anuncios se hace constar que serían "la experiencia, conocimiento de las funciones a desarrollar, titulación académica, formación", al añadirse la expresión "etc", que como tal es contraria a toda mínima concreción, no puede sino concluirse que dichos requisitos han sido transcritos a modo de exigencia formal a fin de justificar los anuncios de las convocatorias y dar por cumplido dicho requisito de igualdad de mérito y capacidad, pues sin desconocer un cierto margen de discrecionalidad en dicho tipo de nombramientos, ello no permite concluir no autoriza a que no se sujeten a ciertos límites a fin de determinar si la potestad de nombramientos no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; límites mínimos que son de carácter



sustantivo y formal, consistiendo los primeros en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento, lo que no se da en cuanto que se añaden bajo la expresión "etc", un margen de arbitrio excesivamente abierto, amplio y falto de concreción objetiva, y los segundos referidos a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento...

QUINTO: ...en orden al uso indebido del sistema de comisión de servicios, como forma ordinaria para cubrir las plazas vacantes, porque sin entrar a conocer, pues no le corresponde a este Tribunal, ni es objeto del procedimiento el determinar si efectivamente la Junta de Gobierno Local acude de manera excesivamente frecuente a dicho sistema, en todo caso, la recomendación que en su día llevo a cabo el Pleno del Ayuntamiento para tratar que no se hiciese un uso abusivo y generalizado en la utilización de la comisión de servicios, si resulta indicativo de que en el caso actual, una vez que como se razono, no respeto los límites legales, se ha utilizado de manera abusiva dicho sistema, no pudiendo por último argüirse que ello se debió a que cuando se publicó el anuncio para cubrir las distintas jefaturas, no se había aprobado la Relación de Puestos de Trabajo pues dicha circunstancia, en ningún caso justifica la preterición de los principios que proclama la normativa básica sobre función pública en relación a la cobertura de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera, esto es, los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (artículo 78.1 del EBEP) , que hay que considerar aplicables no solo a los procedimientos para cobertura definitiva de los puestos sino también, con las debidas modulaciones, a los nombramientos provisionales, todo lo cual arrastra a la estimación del último de los motivos alegados, por el que se denuncia desviación de poder en la conducta de la Administración en la medida en que se ha utilizado una norma de cobertura cual es la que permite acudir, por razones de urgencia y provisionalidad, a la comisión e servicios, para tratar de eludir la necesidad de los puestos de trabajo se cubran a través de los sistemas ordinarios..."

En términos idénticos se pronunció la sentencia de 31 de enero de 2019 (rec. 2427/2018), dictada en un procedimiento especial sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, que anuló la convocatoria de un puesto de jefe de negociado en comisión de servicios.

Y la sentencia de 21 de enero de 2019 (rec 1413/2018) confirmó la dictada por el Juzgado n.º 2 en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la convocatoria de un puesto de Jefe de Sección en comisión de servicios, argumentando la Sala en el fundamento jurídico tercero que

"... el requisito de la "urgente e inaplazable necesidad", que exige el art. 81.3 del EBEP para proveer un puesto de trabajo mediante comisión de servicios, exige, dada la excepcionalidad de la provisión, la plena justificación documental del deterioro del servicio público en perjuicio del interés general si no se acude siquiera provisionalmente a este sistema de provisión de puestos de trabajo, y ello desde luego no consta acreditado en las actuaciones.."

QUINTO.- CONVOCATORIAS IMPUGNADAS.-



El expediente remitido por la Administración incorpora los anuncios de convocatoria para la cobertura de cuatro puestos en comisión de servicios (f. 2: Jefe de Grupo de Promoción en Destino; f. 6: Jefe de Negociado de Pagos; f. 4: Jefe de Negociado de Ferias y Eventos; f. 24: Jefe de Sección Económica del Área de Derechos Sociales).

Cada una de las convocatorias vino precedida por una propuesta del Director General del Área correspondiente.

La del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino obra al folio 1:

"...el pasado 12 de septiembre se solicitó desde esta Área que se iniciaran los trámites para cubrir la vacante existente.... Efectivamente se realizó la convocatoria en el Portal Interno... una vez analizados los currícula, no se ha encontrado ningún perfil que se adapte a las necesidades que el puesto requiere. Es por ello que solicito inicies los trámites necesarios para volver a publicar en el Portal interno la convocatoria..., dado que este puesto es de vital importancia para el funcionamiento del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad."

La de Jefe de Negociado de Pagos, al folio 5, dice:

"...El próximo día 17 de mayo, se jubila la funcionaria que ocupa el puesto de Jefa de Negociado de Pagos. Sería necesario que se inicien los trámites oportunos para cubrir ese puesto de trabajo..."

Sobre la Jefatura de Negociado de Ferias y Eventos, el folio 13 dice:

"... Con fecha 20 de mayo de 2017... se jubila nuestra Jefa de Negociado de Ferias y Eventos, [REDACTED]. Para el correcto funcionamiento del Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública, y en concreto para el Negociado de Ferias y Eventos, resulta urgente y esencial se cubra a la mayor brevedad posible el puesto en cuestión. En particular desde este Negociado se han tramitado durante los últimos años, una media anual de más de mil quinientos expedientes..."

Y la propuesta de cobertura del puesto de Jefe de Sección Económica del Área de Derechos Sociales obra al folio 23:

"El día 1 de junio del presente año, se jubila la Jefa de Sección Económica del Área de Derechos Sociales... De esta Jefatura depende el negociado de Subvenciones y Régimen Interior y el Negociado de Presupuestos y Contratación y se gestionan temas de alta prioridad para el Área, tales como las diversas convocatorias de subvenciones con entidades sociales, y el conjunto de convenios, nominativos o excepcionales, también con entidades. Es la encargada del trámite administrativo-económico, del conjunto de prestaciones económicas que gestiona el Área, ya sean prestaciones económicas familiares, de emergencia social, para la convivencia, para la inserción, del programa de alquileres, y las correspondientes a los Campamentos Urbanos o a la convocatoria Bono Alimentación no. Por otro lado, la Sección es la responsable de elaborar la propuesta de presupuestos anuales, las propuestas de modificaciones de crédito, del seguimiento contable, de la parte



específica correspondiente a la tramitación administrativa tanto de los contratos que realiza el Área como de la correspondiente y abundante facturación

Además la Sección gestiona económicamente el conjunto de recursos externos, que son los procedentes de otras administraciones, por convenios o subvenciones, para la prestación de los servicios municipales, léase Ley de Dependencia, Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, etc.

Para la gestión, control y adecuado desarrollo de este elevado conjunto de temas junto con su elevado volumen, se hace necesario contar con dicha Jefatura de Sección en el menor plazo posible. Por lo que se solicita se inicien los trámites para su cobertura con carácter urgente”.

El expediente incorpora también, por último, la relación de los solicitantes, las propuestas de designación y el nombramiento de los seleccionados para tres de los puestos (f. 9 -12; 15-22; 25-30).

SEXTO.- DECISIÓN DEL LITIGIO.

Las convocatorias impugnadas no cumplen los requisitos exigidos por las más recientes sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía, Sala de Málaga, en supuestos semejantes, ya que:

- la invocación de razones de urgencia es puramente retórica y se encuentra huérfana de prueba. Las propuestas de los Directores Generales de Área aluden, seguramente con razón, a la importancia de las funciones a desempeñar pero no justifican que la cobertura deba hacerse con urgencia: adviértase que en tres de ellas la vacante se produce por jubilación, circunstancia que la Administración pudo prever, lo que le permitía convocar el correspondiente concurso de méritos como procedimiento ordinario de provisión.

- no se concreta el periodo de tiempo que, en principio, habría de durar las comisiones de servicio, requisito indispensable para que la calificación del procedimiento de cobertura del puesto como “provisional” no sea una mera apariencia.

Y es nítido también que los defectos apuntados no constituyen meras infracciones de la legalidad ordinaria, sino que inciden en una lesión del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, que consagra el artículo 23.2 CE), tutelable por la vía de este procedimiento especial, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (entre otras, la n.º 131/2017, de 13 de noviembre) “...aún cuando el precepto citado se refiere sólo al acceso



a las funciones públicas, tempranamente este Tribunal ha precisado que el derecho objeto de examen actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo [SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3 ;15/1988, de 10 de febrero, FJ 2.b); y 47/1989, de 21 de febrero, FJ 2]."

Procede en consecuencia estimar el recurso en cuanto a la petición de que se declare la nulidad de las convocatorias impugnadas y de la resolución confirmatoria de las mismas, nulidad que debe alcanzar como consecuencia necesaria a los nombramientos realizados a su amparo, como solicitó expresamente el actor en el suplico de su demanda aunque no pidiera formalmente la ampliación del recurso.

No ha lugar sin embargo a ordenar al Ayuntamiento a que convoque nuevamente los puestos mediante concurso de méritos, con detalle de requisitos de los aspirantes, méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo, y nombramiento de un Tribunal calificador, ya que el funcionario recurrente no tiene el derecho a exigir la convocatoria de los puestos al ser esta una decisión que compete a la Administración en el ejercicio de su potestad autoorganizatoria, sin perjuicio de que en caso de reputarse necesaria su cobertura, definitiva mediante concurso o provisional en comisión de servicios, deba realizarse conforme a los requisitos legales.

SÉPTIMO.- COSTAS PROCESALES.

Habiendo sido estimadas las peticiones del actor solo parcialmente, no procede condenar a ninguna de las partes al pago de las costas procesales (artículo 139 LJCA).

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso, declaro la nulidad de las convocatorias impugnadas, de la resolución confirmatoria de las mismas, y de los nombramientos realizados a su amparo, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella podrá interponer,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

en este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, **Recurso de Apelación** en el plazo de quince días desde su notificación.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad de 50 € en la cuenta de este Juzgado en la entidad [REDACTED] con número [REDACTED] lo que deberán acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Y una vez sea firme, remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de este.**

Así por ésta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

