



**SENTENCIA Nº 2310/2019**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**R. APELACIÓN Nº 1597/2019**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:  
PRESIDENTE  
D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ  
MAGISTRADOS  
D<sup>a</sup> CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ- VIREL  
D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA  
Sección funcional 3<sup>a</sup>

En la ciudad de Málaga a 8 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. JOSE MANUEL PÁEZ GÓMEZ en representación procesal del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y como apelado [REDACTED] representado por el Procurador D. ALVARO JIMÉNEZ RUTLLAN.

Ha sido Magistrado Ponente D<sup>ña</sup> CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL quien expresa el parecer de esta Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por sentencia de fecha 7 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 6 de Málaga se estima el recurso contencioso administrativo nº 300/2018 seguido por los trámites de derechos fundamentales contra la convocatoria anunciada y publicada por el Ayuntamiento de Málaga en el portal interno municipal de fecha 23 de abril de 2018 para la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Violencia de Género dentro del área de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de la ciudad.

**SEGUNDO.-** Por la parte apelante, AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, se interesó la estimación del recurso de apelación.

**TERCERO.-** El MINISTERIO FISCAL interesó la revocación de la sentencia.



**CUARTO.**-La parte apelada solicitó la desestimación del recurso de apelación. Se señaló día para votación y fallo el día 3 de julio de 2019.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Constituye objeto del presente recurso el examen de la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 6 de Málaga que estima el recurso contencioso administrativo nº 300/2018 seguido por los trámites de derechos fundamentales contra la convocatoria anunciada y publicada por el Ayuntamiento de Málaga en el portal interno municipal de fecha 23 de abril de 2018 para la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Violencia de Género dentro del área de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de la ciudad.

**SEGUNDO.**- El apelante argumenta que la sentencia de instancia se basa en otra que no versa sobre el objeto especial del presente procedimientos que no es otro que la protección de derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 53.2 de la Constitución Española.

**TERCERO.**- El procedimiento escogido por la parte actora para obtener la tutela judicial impetrada está limitado a que la infracción del ordenamiento jurídico reprochada suponga, a su vez, una violación de un derecho fundamental susceptible de amparo ("ex" artículo 121.2 de la LJCA), pudiendo ocurrir que el acto impugnado sea ilegal, pero que no vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo en cuyo caso no prosperaría dicho procedimiento sumario y preferente, que tiene como contrapartida la limitación de los motivos de impugnación, ya que solo pueden prosperar si se aduce y acredita la existencia de una vulneración de tal carácter.

La doctrina en esta materia se encuentra expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2007, rec. 791/2007 (Ponente: Excmo. Sr. Díaz Delgado), en su Fundamento de Derecho Primero, cuando postula que: "Es conocida la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional que mantienen la conformidad con la Constitución Española de la previsión contenida actualmente en el artículo 117.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra un acto administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por inadecuación de procedimiento. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1982, sostiene el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través del citado procedimiento especial, recordando la doctrina de este Tribunal Supremo, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, en el sentido de que tal garantía contencioso administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, y que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su repercusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario.



Añade el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia que esta limitación da lugar a que sea inadecuado tal procedimiento para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución, lo que determina que no pueda admitirse, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental. Recuerda el Tribunal Constitucional que el proceso especial, entre otras ventajas de procedimiento comporta un régimen excepcional de suspensión del acto impugnado, cuyo disfrute no puede, en modo alguno, dejarse al arbitrio del recurrente. Igualmente sostiene que la consecuencia a que debe llegarse es la de que la viabilidad del proceso especial debe ser examinada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, partiendo de la facultad que les corresponde, con carácter más destacado en un proceso tan ligado al interés público, de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo especial de proceso.

El procedimiento escogido por la parte actora para obtener la tutela judicial impetrada está limitado a que la infracción del ordenamiento jurídico reprochada suponga, a su vez, una violación de un derecho fundamental susceptible de amparo ("ex" artículo 121.2 de la LJCA), pudiendo ocurrir que el acto impugnado sea ilegal, pero que no vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo en cuyo caso no prosperaría dicho procedimiento sumario y preferente, que tiene como contrapartida la limitación de los motivos de impugnación, ya que solo pueden prosperar si se aduce y acredita la existencia de una vulneración de tal carácter.

La doctrina en esta materia se encuentra expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2007, rec. 791/2007 (Ponente: Excmo. Sr. Díaz Delgado), en su Fundamento de Derecho Primero, cuando postula que: "Es conocida la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional que mantienen la conformidad con la Constitución Española de la previsión contenida actualmente en el artículo 117.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra un acto administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por inadecuación de procedimiento. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1982, sostiene el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través del citado procedimiento especial, recordando la doctrina de este Tribunal Supremo, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, en el sentido de que tal garantía contencioso administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, y que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su repercusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario.

Añade el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia que esta limitación da lugar a que sea inadecuado tal procedimiento para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución, lo que determina que no pueda admitirse, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental. Recuerda el Tribunal Constitucional que el proceso especial, entre otras ventajas de procedimiento comporta un régimen excepcional de suspensión del acto impugnado, cuyo disfrute no puede, en modo alguno, dejarse al arbitrio del recurrente. Igualmente sostiene



que la consecuencia a que debe llegarse es la de que la viabilidad del proceso especial debe ser examinada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, partiendo de la facultad que les corresponde, con carácter más destacado en un proceso tan ligado al interés público, de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo especial de proceso.

CUARTO.-Esta Sala ha dictado recientemente sentencia de fecha 30 de mayo de 2019 entre las mismas partes, en la que decíamos lo siguiente: *"..Para ventilar las diferentes alegaciones impugnatorias vertidas en esta apelación por la apelante y el Ministerio Fiscal se han de introducir una serie de premisas.. . La primera de ellas se refiere a la posición de privilegio que ocupan en nuestro sistema jurídico los derechos fundamentales y libertades públicas, y la protección reforzada que por esta razón nuestro orden jurídico procesal les dispensa. De esta manera se ha destacado reiteradamente que las exigencias procedimentales deben interpretarse siempre en un sentido favorable a la tutela de estos derechos. En este sentido conviene recordar que existe un principio acuñado desde antiguo por la jurisprudencia constitucional que propugna una interpretación siempre favorable a la protección de los derechos fundamentales que hemos recogido en sentencias de esta Sala como la de 15 de abril de 2016 (rec. 2325/2014), en la que se decía que debía tomarse especialmente "en consideración al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales que, como reiteradamente se ha indicado por la jurisprudencia del TC, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado( SSTC 133/2001, de 13 de junio [RTC 2001 \133 ], F. 5 ; 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002\5], F. 4 ; y 26/2006, de 30 de enero [RTC 2006\26], F. 9)."*

*De otra parte, el art. 23.2 de CE consagra el derecho fundamental al acceso igualitario al empleo público, esto implica desde una perspectiva negativa que no puede existir discriminación alguna que no esté inspirada en razones estrictamente objetivas de capacitación personal para el desempeño del empleo, y desde una perspectiva positiva implica el deber seleccionar a los más aptos conforme a procedimientos de concurrencia competitiva presididos por criterios adecuados para cribar a quienes reúnen mejores condiciones para ocupar el cargo. Esta última regla impone por lo tanto tratar de maneras diferentes a quienes presentan méritos objetivos distintos, promocionando al más válido.*

*Para supuestos parangonables al que aquí se nos presenta ya hemos advertido en sentencias como la de 18 de septiembre de 2015 (rec. 876/15) que la oferta de empleo público a través del extraordinario expediente de la comisión de servicio es un método de provisión de puestos de trabajo en el sector público expresamente previsto en el EBEP, y que su art. 81.3 exige la pública convocatoria de la plaza ofertada por este medio.*

*También se ha insistido en que las peculiares condiciones del sistema de provisión examinado, caracterizado por la urgente necesidad que lo motiva, exonera en gran medida el rigor del proceso de evaluación de los méritos de los candidatos, que no obstante deben de ser promovidos en base a razones objetivas reveladoras de su capacitación.*



*Por último, la oferta de puestos de trabajo en comisión de servicio en cuanto que medida excepcional debe motivarse en base a razones concretas de urgencia y necesidad que justifiquen la perentoriedad del nombramiento.*

*La infracción de cualquiera de estas reglas básicas pudiera entrar en conflicto con el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de CE.*

Dicha sentencia dejó sentado que :

*1.- Si el funcionario nombrado lo ha sido con anterioridad para este u otro puesto de responsabilidad no deja de ser un dato anecdótico, sino se justifica que carece de la capacitación objetiva para el desempeño del puesto, o que ésta es objetivamente inferior a la aptitud que reúne el recurrente, al respecto de lo cual nada se alega ni justifica.*

*2. existe una motivación bastante de la elección de este sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, que no ha sido combatida con acierto por en tanto que es admitido por la parte recurrente que la RPT ha sido aprobada con posterioridad a la oferta pública del puesto de jefe de negociado de control y recogida del área de sostenibilidad ambiental aparecida en el portal web del Ayuntamiento*

*3. el puesto ofertado se identifica suficientemente con su denominación que es de por si bastante expresiva del tipo de responsabilidades y funciones que se le asocian, al margen de la remisión al anexo II de la RPT que en la convocatoria se contiene, se ha de apreciar la naturaleza retórica de este argumento impugnatorio sin virtualidad para evidenciar la transgresión del derecho alegado.*

*Se concluye que no ha existido vulneración del derecho fundamental invocada desestimando el recurso de apelación planteado. "*

**QUINTO.-** En el presente caso, el Juzgador de instancia se basa en una sentencia de esta Sala dictada con fecha 19 de julio de 2018 ( R.A. 436/2017) respecto de un procedimiento no seguido por el trámite de derechos fundamentales tal como alega la parte apelante.

Hemos de estar, al criterio de la sentencia de esta Sala transcrita de fecha 30 de mayo de 2019, para dar respuesta a este supuesto pues de acuerdo con los parámetros de la misma no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, debiendo remitirnos a la misma.

**SSEXTO.-** Procede estimar el recurso de apelación de conformidad sin costas de conformidad con el artículo 139 de la L.J.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que emana del Pueblo

### FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA contra la sentencia a que se refiere el antecedente de



hecho primero de la presente resolución que revocamos y , en su lugar, se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procedimiento de derechos fundamentales contra la convocatoria anunciada y publicada por el Ayuntamiento de Málaga en el portal interno municipal de fecha 23 de abril de 2018 para la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Violencia de Género dentro del área de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de la ciudad.

Sin costas.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a presentar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89.2 de LJCA.

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

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

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