



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320200000474.

Procedimiento: Recurso de Apelación 735/2023.

De: [REDACTED]

Procurador/a: ANA MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ

Contra: FISCALÍA Y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a: AURELIA BERBEL CASCALES

SENTENCIA NÚMERO 2490/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En Málaga, a de veintiuno de septiembre de dos mil veintitrés.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 735/23, interpuesto en nombre de [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Ana María Rodríguez Fernández, contra la sentencia n^o 113/23, de 22 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Málaga en el seno del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales 68/20, en el que figura como apelado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA representado por el Procurador de los Tribunales D^a. Aurelia Berbel Cascales, y en que ha sido parte el representante del Ministerio Fiscal, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación de [REDACTED] se interpuso recurso contencioso-administrativo por la vulneración de su derecho fundamental al acceso al empleo público en condiciones de igualdad consumada por aprobación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de fecha 27 de diciembre de 2019 de bases generales para la provisión de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Málaga.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº 68/20, sentencia de fecha 22 de marzo de 2023 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo especial interpuesto.

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la parte recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, solicitando la confirmación de la sentencia la Administración demandada y el Ministerio Fiscal, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número I de Málaga se dictó sentencia de fecha 22 de marzo de 2023 en cuyo fallo se acordaba desestimar el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales cursado por la representación de [REDACTED] por la vulneración de su derecho fundamental al acceso al empleo público en condiciones de igualdad consumada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de fecha 27 de diciembre de 2019 de aprobación de bases generales para la provisión de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Málaga.

La sentencia apelada razona que el acto impugnado no ha vulnerado del derecho del actor pues las bases generales impugnadas son respetuosas con el principio de autoorganización, los méritos están baremados dentro de los márgenes de la legalidad aplicable, y las insinuaciones en las que descansa la queja del recurrente están carentes de fundamento

Frente a esta sentencia se alza la representación del recurrente, que sostiene que la vulneración del derecho invocado se ha consumado en nuestro caso en la medida que el acuerdo impugnado premia de manera desproporcionada a quienes han desempeñado puestos de jefe de servicio por la vía de la comisión de servicio mecanismo de designación generalizado durante años presidido por la arbitrariedad. La sentencia es omisiva *ex silentio* porque no da la debida respuesta a sus alegaciones sobre la desproporcionada valoración de



los méritos sobre experiencia profesional. Incurrir en error en la valoración de los límites de la administración para fijar los baremos de méritos de los procesos selectivos del personal a su servicio. Impone unas costas desmesuradas con una finalidad disuasoria.

El Ayuntamiento de Málaga se opone al recurso de apelación y solicita la confirmación de la sentencia apelada en base a sus propios fundamentos en el entendido de que estamos ante un recurso de apelación reiterativo que no contiene crítica autónoma a la sentencia de instancia.

El Ministerio Fiscal por su parte se adhiere al recurso de apelación planteado y considera que no ha existido vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de CE en tanto que los criterios de baremación de méritos empleados por las bases no contrarían norma legal alguna en su consecuencia no puede entenderse vulnerado el derecho fundamental invocado.

SEGUNDO.- Descartada la afectación a la libertad sindical por la sentencia apelada, el recurrente insiste en esta alzada en considerar que se ha vulnerado su derecho al acceso a los cargos y empleos públicos en condiciones de igualdad, conforme a criterios de mérito y capacidad consagrado en el art. 23.2 de CE.

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, debemos 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.

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

En nuestro caso el recurrente considera que las bases reguladoras el procedimiento de provisión puestos de trabajo del Ayuntamiento de Málaga está viciado porque prima de manera desproporcionada el merito del ejercicio del puesto de trabajo de jefe de servicio mediante el desempeño de comisiones de servicios ilegales.

El art. 13 del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de fecha 27 de diciembre de 2019 contempla el baremo de méritos computables en los procesos selectivos para la provisión de puestos de trabajo dentro de la corporación, y otorga una puntuación de 0,05 puntos por cada año de servicios prestados en la administración en un puesto de nivel de complemento de destino igual o superior al convocado, y una puntuación de 0,03 puntos por años trabajado en puesto de nivel inferior al convocado.

Esta previsión no nos parece exceda de los límites de autodeterminación organizativa del ente municipal en cuanto que premia el ejercicio de puestos de superior responsabilidad, con niveles de complemento de destino que, o son iguales, o superiores al puesto al que se aspira, lo que responde a la lógica.

Evidentemente quienes hayan desempeñado empleos provisionales en comisión de servicio mediante un nombramiento anulado, declarado ilegal judicial o administrativamente, no podrán computar esa experiencia laboral como efecto natural de la anulación de su nombramiento, pero esta es previsión, que va de suyo, no es exigible que venga contenida en el acuerdo de bases generales. Fuera de esos casos no es posible anular la regla controvertida en base a una construcción especulativa que pretende que la generalidad de este tipo de nombramientos están presididos por la ilegalidad en contra de la presunción de legalidad del acto administrativo que es piedra angular de nuestro sistema de régimen administrativo.

Tampoco excede de la facultad de autodeterminación organizativa de la administración la ponderación de los méritos académicos y formativos por debajo de la experiencia profesional, no se trata de méritos equiparables. Es cierto que existen límite establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la valoración del mérito profesional en los procesos de acceso a la función pública por vía de concurso, de manera que la experiencia profesional no pueda exceder un canon de proporcionalidad que convierta en imposible el acceso a quines no han desempeñado cargos similares a los convocados, cifrándose esa proporción en un 45% del total máximo puntuable (SSTC 67/89, 185/94 o 27/12), pero esta no es cuestión atinente a la denuncia que formula el recurrente que solo pretende la anulación de las bases generales de procedimientos para la provisión de los puestos de trabajo por el sistema de concurso, generalmente presididos por el criterio preponderante de la experiencia.



Esta es esencialmente la solución alcanzada por la sentencia de instancia a la que nos adherimos sin que se aprecie atisbo de incongruencia omisiva alguna pues da adecuada respuesta a los motivos impugnatorios blandidos en la instancia sin que sea exigible al juzgador una repuesta pormenorizada cada uno de los argumentos expuestos.

Propone a su vez la recurrente que se ha incurrido en una suerte de nulidad de actuaciones por motivo de la falta de abstención de la Magistrada que conoció en primera instancia en base a su vínculo familiar con el interventor del Ayuntamiento. Esta nulidad por falta de parcialidad está huérfana de cualquier fundamento, no figura en el expediente de elaboración de las bases generales la intervención del funcionario designado, ni se justifica objetivamente ningún interés en tanto que ventaja que a la magistrada suscriptora de la sentencia pueda reportar el dictado de la sentencia en el sentido desestimatorio.

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

TERCERO.- El pronunciamiento en costas de la primera instancia debe confirmarse al haber sido desestimado íntegramente el recurso, por aplicación del criterio del vencimiento objetivo del art. 139.1 de LJCA. La cuestión relativa a la cuantificación del límite de las costas responde a un criterio de apreciación discrecional (art. 139.4 de LJCA) debidamente justificado en relación con la cuantía indeterminada del proceso y la complejidad y alcance de las cuestiones debatidas.

De conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de LJCA en los casos de desestimación del recurso de apelación las costas procesales ocasionadas en esta instancia se impondrán a cargo de la parte apelante.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ana María Rodríguez Fernández, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Málaga de fecha 22 de marzo de 2023, que se confirma, con expresa imposición de las costas de esta instancia a cargo de la apelante.

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 el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



