



JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE MÁLAGA

Ciudad de la Justicia. Planta 4ª
Tel.: 951939072 Fax: 951939172
N.I.G.: 2906745020170001456

Procedimiento: Derechos Fundamentales 206/2017. Negociado: MA

Recurrente: [REDACTED]
Letrado: [REDACTED]
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA
Procuradores: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

SENTENCIANº 364/2017

En Málaga, a veintiocho de julio de dos mil diecisiete

VISTO, por Dña. Marta Romero Lafuente, Magistrada-Juez titular de este Juzgado el recurso Contencioso-Administrativo nº 206/17, tramitado por el Procedimiento para la Protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto por D. [REDACTED] en su propio nombre y derecho contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador D. José Manuel Páez Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso contencioso-administrativo para la Protección de los Derechos Fundamentales de la persona contra el Decreto dictado con fecha 3 de abril de 2017 por el Sr. Teniente de Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad del Ayuntamiento de Málaga por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la convocatoria publicada en el Portal interno municipal el 10 de febrero de 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Sección Económico-Administrativo del área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo.

Reclamado el expediente administrativo y no habiéndose planteado por la Administración demandada ni por ninguna otra parte oposición al procedimiento de amparo se dictó auto acordando proseguir las actuaciones por el trámite del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Formulada demanda conforme a las prescripciones legales y con alegación de los hechos y fundamentos de derecho que constan en la misma, solicita la actora, se dicte sentencia



Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQEGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/7



vMvGddWuwShQEGYfNz4jhQ==



por la que, con estimación de la demanda, se declare que el acto administrativo impugnado ha vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 de la Constitución.

TERCERO.- Se dio traslado de la demanda a la administración demandada y al Ministerio Fiscal, que alegaron lo que tuvieron por conveniente.

CUARTO.- Y no habiéndose recibido el pleito a prueba quedaron las actuaciones concluidas para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El recurrente basa su demanda esencialmente en que se ha vulnerado el artículo 23 de la Constitución siendo que ha existido un fraude de ley y desviación de poder en el uso de la Comisión de Servicios y que se han incumplido los acuerdos del Pleno del propio Ayuntamiento ya que se rechazó la utilización abusiva de la misma y además que no existe motivación suficiente en cuanto a la persona elegida para el puesto de trabajo en cuestión.

SEGUNDO.- Por la Administración demandada se alegó en resumen que no se ha producido ninguna vulneración de los Derechos fundamentales invocados por el actor ya que no encontramos ante la simple postestad de autoorganización de la Administración siendo además que queda constancia en el expediente que el Teniente de Alcalde de Derechos Sociales Sociales, Buen Gobierno y Transparencia dio el visto bueno a la solicitud de fecha 2 de febrero de 2017 elevada al área de Recursos Humanos del Ayuntamiento en la cual se exponía por la [REDACTED] que en razón de la ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado nº 6 de Málaga se había cesado al empleado previamente nombrado en la Jefatura de Sección Económico-Administrativa del Area de Participación Ciudadana y que por las necesidades del propio área era urgente e inaplazable que se cubriera dicho puesto de trabajo por empleado municipal bien funcionario o empleado laboral fijo.

Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:58:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/7



vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==

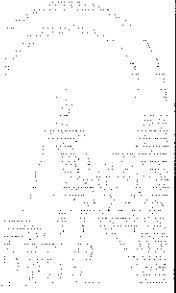


TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal se solicitó la estimación del recurso por entender que se ha vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 23 de la constitución en base a que no se justifica suficientemente el sistema de provisión seleccionado ya que no consta el periodo de vacancia del puesto.

CUARTO.- Una vez delimitados los términos del debate es preciso destacar en primer lugar que en relación con cuestiones como la que constituye el objeto de este recurso ha expresado el Tribunal Supremo "que el artículo 23.2 de la Constitución en cuanto que reconoce a todos los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes, garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que quienes han accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga" (como ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia 32/1985, de 6 de marzo, entre otras).

Expuesto lo anterior hay que decir que en el presente supuesto nos encontramos ante un Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y por tanto el objeto del presente recurso se reduce a determinar si el Acuerdo impugnado ha infringido el artículo 23 de la Constitución invocado por el recurrente ya que según el Tribunal Supremo " la tutela efectiva también se obtiene mediante el recurso Contencioso-Administrativo Ordinario y dentro de aquel procedimiento especial no puede examinarse la adecuación o inadecuación al ordenamiento jurídico sino solamente si ese acto o disposición que se impugna infringe un derecho fundamental constitucionalmente protegido" por lo que resulta que en el presente pleito no puede entrar a resolver acerca de cuestiones de legalidad ordinaria sino que en los presentes autos procederá analizar tan solo si la actora ha acreditado la vulneración del derecho fundamental citado.

QUINTO.- Llegados a este punto hay que señalar que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del TC en materia organizativa la Administración goza de un amplio poder que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público, sin que frente a esta denominada potestad variandi pueda invocarse un auténtico derecho adquirido de los funcionarios a que se respete



Código Seguro de verificación:vmvGddWuwShQEGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/7



vmvGddWuwShQEGYfNz4jhQ==



la anterior estructura organizativa sino que únicamente pueden oponerse como auténticos derechos adquiridos aquellos que el Ordenamiento jurídico reconoce relativos a su categoría profesional, inamovilidad y retribuciones consolidadas; siendo también clásica la caracterización de esas potestades de autoorganización dentro de las facultades de tipo discrecional, pero también viene admitiendo que dichas potestades pueden ser controladas como el ejercicio de las demás facultades discrecionales y uno de los instrumentos de control es verificar si su ejercicio se ajusta a los hechos que la determinan de acuerdo con los motivos de interés público a los que está llamada a servir, otro es el de no poder incurrir en arbitrariedad, y también se encuentra el de no poder servir a fines distintos que la justifican con prohibición en todo caso de la desviación de poder.

SEXTO .- Por otra parte hay que decir que en el ejercicio de su potestad discrecional la Administración debe motivar su actuación erigiéndose la motivación en una exigencia constitucional impuesta por los arts. 9.103 y 23.2 de la C.E. (y en definitiva en una auténtica garantía para el administrado), de necesidad en proclamar que éste último conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto administrativo que le afecte, lo que conexas dicho conocimiento con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa (STS 25.6.99), y en definitiva, y en ausencia de motivación al respecto la pretendida discrecionalidad administrativa se toma en arbitrariedad , ya que "la discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, "razonables", por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una "razonabilidad" en un marco socio-cultural determinado, pero, precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación "suficiente" que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (sentencia del Tribunal Constitucional 14/91), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la "suficiencia" (sentencia del Tribunal Constitucional 100/87)" (STS 3º Sección 7 de 1-6-1.999), .

Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==	PÁGINA	4/7



vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==



SEPTIMO .-Sentado lo anterior hay que decir que el artículo 64 del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo establece que: “ Cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.” y según el artículo 81 del EBEP, Movilidad del personal funcionario de carrera, en su apartado.3 : “ En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.”, de lo que resulta por tanto que si bien es cierto que no nos encontramos ante un procedimiento de acceso a la función pública ni un sistema de provisión de puestos y que por tanto no era necesario realizar un procedimiento de concurrencia propiamente dicho sin embargo hay que tener en cuenta que la Administración puede utilizar la figura de la Comisión de Servicios de carácter voluntario cuando exista una necesidad urgente situación que en este caso no consta acreditada suficientemente por lo que teniendo en cuenta además que el TSJA con sede en Málaga ha entendido 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 a que se prescinda de cualquier sistema de selección que suponga quebrantar el principio de igualdad en el acceso a la función pública establecido en el artículo 23 de la CE.”

Resulta que hay que concluir diciendo que efectivamente se ha vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 23 de la CE tal y como además se ha informado por el Ministerio Fiscal, por todo lo cual resulta que procederá estimar sin más el presente recurso debiendo dejarse sin efecto el nombramiento impugnado y condenar al Ayuntamiento de Málaga a llevar a cabo la Convocatoria del oportuno proceso selectivo con respecto a los principios de igualdad, mérito , capacidad y publicidad del puesto de Jefe de Sección Económico-Administrativo del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo.



Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==	PÁGINA	5/7



vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==



OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas de este procedimiento a la Administración demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMAR el presente recurso Contencioso-Administrativo por el Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales interpuesto por [REDACTED] en su propio nombre y derecho contra AYUNTAMIENTO DE MALAGA, por considerar que se ha vulnerado el Derecho Fundamental invocado por lo que procederá dejar sin efecto el nombramiento impugnado y condenar al Ayuntamiento de Málaga a llevar a cabo la Convocatoria del oportuno proceso selectivo con respecto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad del puesto de Jefe de Sección Económico-Administrativo del Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo, todo ello con expresa condena en las costas de este procedimiento a la Administración demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma puede interponerse **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y aclaración en el plazo de dos días ante este Juzgado.

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 procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratara de un recurso de queja, o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad Banco Santander con número 3135 0000 94 0206 17, lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.



Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/7



vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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



Código Seguro de verificación: vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MARTA MARIA ROMERO LAFUENTE 03/08/2017 13:56:31	FECHA	03/08/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/7



vMvGddWuwShQfGYfNz4jhQ==

