

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE MÁLAGA

Ciudad de la Justicia. Planta 4ª
Tel.: 951939072 Fax: 951939172
N.I.G.: 2906745020170000027

Procedimiento: Derechos Fundamentales 10/2017. Negociado: MC

Recurrente: [REDACTED]
Letrado: [REDACTED]
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA
Procuradores: AURELIA BERBEL CASCALES

SENTENCIA Nº 494/2017

En Málaga, a veintidós de diciembre de dos mil diecisiete

VISTO, por Dña. Marta Romero Lafuente, Magistrada-Juez titular de este Juzgado el recurso Contencioso-Administrativo nº 10/17 tramitado por el Procedimiento para la Protección de los derechos fundamentales de la persona interpuesto por [REDACTED] en su propio nombre y derecho contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA representado por el Procurador Dña. Aurelia Berbel Cascales.

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 20 de diciembre de 2016 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 el anuncio publicado en el Portal interno municipal por el que se convoca la provisión del puesto de [REDACTED]

Reclamado el expediente administrativo y no habiéndose planteado por la Administración demandada ni por ninguna otra parte oposición al procedimiento de amparo se acordó 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: RIZV0MF8BTgHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	RIZV0MF8BTgHtqF/brMhWA==	PÁGINA 1/8





por la que, con estimación de la demanda, se declare que el acto administrativo impugnado ha vulnerado el derecho fundamental recogido en el los artículos 14 y 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 conclusas 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 han vulnerado los artículos 14 y 23 de la Constitución siendo que ha existido una 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 los pronunciamientos judiciales 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 solicitó la inadmisión del recurso respecto de todos aquellos actos posteriores al Decreto de 20 de diciembre de 2016 y a las pretensiones derivadas de tales actos.

En cuanto al fondo del asunto alegó en resumen que no se ha producido ninguna vulneración de los Derechos fundamentales invocados por el actor ya que el mismo pudo presentar su solicitud en las mismas condiciones que el resto de funcionarios aspirantes a la Jefatura siendo que la resolución impugnada venía a concluir en relación al anuncio publicado en el Portal Interno del Ayuntamiento la necesidad objetiva y urgente de proceder a dicha provisión aunque sea con carácter provisional y en comisión de servicios interna.



Código Seguro de verificación:RIZV0MF8BTgHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/8



RIZV0MF8BTgHtqF/brMhWA==



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 la urgente e inaplazable necesidad para cubrir una plaza en Comisión de Servicios no se acredita con la mera afirmación de la Administración de que existe tal necesidad.

CUARTO.- - Una vez delimitados los términos del debate hay que decir resolver en primer lugar acerca de la causa de inadmisibilidad por desviación procesal alegada por la representación de la demandada y así hay que decir que los supuestos de desviación procesal se originan al impugnar un acto y formular pretensiones respecto de otro distinto y que el Tribunal Supremo viene declarando repetidamente (Sentencias de 12 de Noviembre de 1.996 y 3 de julio de 2.001 y las que en ellas se citan) que: " el Proceso contencioso-administrativo no permite la "desviación procesal", la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones (no motivos) nuevas, respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, y por tanto, no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las peticiones o pretensiones que no fueron objeto de las resoluciones administrativas impugnadas al efecto de no alterar la función esencialmente revisora de la jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 43.1 y 69.1 LJCA, al determinar respectivamente, que:"Esta jurisdicción juzgará dentro del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición" y que "en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste", pues si dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos en defensa del Derecho, en modo alguno permiten pueda alterarse, reformarse ni menos adicionarse a la pretensión, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella, ya que si la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa permite la alteración de los fundamentos jurídicos deducidos ante la Administración o la ampliación de los mismos, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada en dicha vía previa, pueda albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo antecedentes de la litis, no autoriza se produzca en ella una discordancia objetiva entre lo



Código Seguro de verificación:RIZVOMf8BTgHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/8



RIZVOMf8BTgHtqF/brMhWA==



pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional ", en igual sentido la S.T.S. 3ª sec. 2ª, 18-02-1999 establece que: "Lo único permitido, sin ruptura del equilibrio procesal de las partes, es aducir nuevos motivos o razones o meras alegaciones, en su sentido propio de simples argumentaciones de las peticiones, siempre las mismas, deducidas en la demanda y contestación, No cabe, pues, confundir la cuestión litigiosa, que determina objetivamente el ámbito del proceso, y los motivos o razones jurídicas que se alegan como soporte de lo pretendido, cuya variación o ampliación puede realizarse en cualquier momento o hito procedimental, porque una cosa es el factor diferencial de lo que constituye la esencia identificadora, en todos sus matices, del objeto controvertido planteado (entendiendo por objeto -ya que el vocablo es susceptible de más de una acepción- la materia o tema planteado, en su prístino y verdadero contenido, que es lo que sirve de base y configura la petición y pretensión correspondientes y se traduce o plasma, en definitiva, en el concepto de cuestión), y otra cosa distinta es el argumento o motivo o el razonamiento empleado en justificación de lo pretendido en relación con la materia o tema básico controvertido. En realidad, los dos componentes referidos pueden enmarcarse, uno, en el ámbito propio de los hechos y, el otro, en el de la dialéctica, la lógica y el derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en el planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuesto de hecho), sobre todo y especialmente en los escritos de conclusiones (y, también, en los que, siendo posteriores, y circunstancialmente ajenos a éstos, se reputan injustificadamente como esenciales por la parte recurrente), y la elasticidad y ductilidad permitida en el campo de lo segundo (fundamentos o razonamientos jurídicos)", y aplicando la doctrina expuesta hay que decir en este supuesto efectivamente han inadmitirse todas las pretensiones formulada acerca de las resoluciones posteriores al Decreto de 20 de diciembre de 2016 que es el único impugnado no pudiendo resolverse por tanto acerca del nombramiento de [REDACTED]

QUINTO.- Una vez delimitados los términos del debate es preciso destacar en primer lugar que no se ha vulnerado en modo alguno derecho a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución ya que el recurrente pudo presentar su solicitud en las mismas condiciones que el resto de funcionarios aspirantes a la Jefatura.

Por otra parte hay que decir que 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



Código Seguro de verificación: RIZV0Mf8BTgHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:58:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	RIZV0Mf8BTgHtqF/brMhWA==	PÁGINA 4/8



RIZV0Mf8BTgHtqF/brMhWA==



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.

SEXTO.- 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 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



Código Seguro de verificación:RIZV0MF8BTqHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/8



RIZV0MF8BTqHtqF/brMhWA==



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.

SEPTIMO .- 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), .

OCTAVO .-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



Código Seguro de verificación:RIZV0Mf8BTgHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/8



RIZV0Mf8BTgHtqF/brMhWA==



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.”, por todo lo cual resulta que dado que la urgente e inaplazable necesidad de cubrir una plaza mediante Comisión de Servicios no se acredita tan sólo con la mera afirmación de la Administración sin más justificación 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 parcialmente el presente recurso 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 [REDACTED]

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA no procede hacer expresa imposición de costas al haberse estimado parcialmente el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el presente recurso Contencioso-Administrativo por el Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales interpuesto por D. [REDACTED] en su propio nombre y derecho, contra **AYUNTAMIENTO DE MALAGA**, por considerar que se ha vulnerado el Derecho Fundamental recogido en el



Código Seguro de verificación:RIZVOMf8BTqHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/8



RIZVOMf8BTqHtqF/brMhWA==



artículo 23 de la Constitución invocado por lo que procederá 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 [REDACTED] todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

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 Juzgad

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 [REDACTED] con número [REDACTED] lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Librese 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:RIZV0Mf8BTqHtqF/brMhWA==. 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 22/12/2017 10:56:09	FECHA	22/12/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/8



RIZV0Mf8BTqHtqF/brMhWA==