



SENTENCIA N° 2778/2019
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 559/2019

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

D. DAVID GOMEZ FERNANDEZ

Sección Funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga, a 7 de octubre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación 559/2019, interpuesto por ██████████ representado por el Procurador Sr. Jiménez Rutllant, con su propia asistencia Letrada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 de Málaga, siendo parte apelada el EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por el Letrado Sr. Romero Hernández, interviniendo EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Gómez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por ██████████ se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Málaga, recurso contencioso administrativo, tramitándose como procedimiento para la protección de los Derechos Fundamentales, contra la resolución dictada el día 17 de abril de 2017 por la Tenencia de Alcaldía Delegada de Recursos Humanos y Calidad del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, por delegación de la Junta de Gobierno Local, mediante el que se desestimaba el recurso de reposición formulado por el recurrente frente a la convocatoria publicada en el portal interno del Ayuntamiento el día 10 de marzo de 2017 para la cobertura del puesto "Jefe





de Negociado Económico-Administrativo dentro del organigrama de la Secretaría General” mediante comisión de servicios interna. Dicho recurso fue registrado con el número 233/2017.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó Sentencia desestimatoria del recurso, declarando la conformidad a derecho del acto recurrido, sin efectuar imposición de costas.

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso por la Administración demandada Recurso de Apelación, que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas por quince días para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo. Quedó registrado el recurso de apelación con el número 559/2019.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada desestimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución dictada el día 17 de abril de 2017 por la Tenencia de Alcaldía Delegada de Recursos Humanos y Calidad del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, por delegación de la Junta de Gobierno Local, mediante el que se desestimaba el recurso de reposición formulado por el recurrente frente a la convocatoria publicada en el portal interno del Ayuntamiento el día 10 de marzo de 2017 para la cobertura del puesto “Jefe de Negociado Económico-Administrativo dentro del organigrama de la Secretaría General” mediante comisión de servicios interna.

En la misma, tras exponer la normativa aplicable al caso e invocar la aplicabilidad de lo expuesto en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 19 de marzo de 2018 (así como, la de 18 de septiembre de 2015, dictada en el rollo de apelación 876/2015), se concluía que, toda vez que mediante el anuncio de provisión del puesto de trabajo se abrió un procedimiento de concurrencia competitiva donde se describía el puesto de trabajo y sus requisitos, se fijaba el lugar al que debían dirigirse las solicitudes y se señalaba un plazo para su formulación, el acto originariamente impugnado objeto de impugnación (no extendida a ningún acto posterior) no vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución Española.

Opone frente a dicha Sentencia el apelante que la Juzgadora de instancia no tuvo en cuenta que: a) dentro del periodo de presentación de solicitudes efectuó una comparecencia ante Notario exponiendo quién iba a ser la candidata finalmente





seleccionada, lo que demuestra que la resolución del proceso selectivo estaba predeterminada; b) que resulta improcedente acoger los argumentos de la Sentencia esta Sala de 19 de marzo de 2018, ya que en el convocatoria no se definían las funciones del puesto, dándose a conocer tan solo su denominación; c) que la candidata finalmente seleccionada ostenta una categoría inferior a la del recurrente, por lo que, en un concurso de méritos -que es el procedimiento normal de provisión de puestos- no pudiera haber sido la adjudicataria. A ello añade que la cobertura de puestos por comisión de servicios en el Ayuntamiento de Málaga no resulta “para nada excepcional”, sino que durante más de 15 años se ha venido utilizando en fraude de Ley para la provisión “supuestamente urgente y excepcional”; práctica que, se argumenta, continúa utilizándose tras la aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo en cuya ausencia trataba de justificarse la misma. Por último opuso, de un lado, que, conforme al artículo 12.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Juzgado no se encuentra vinculado por el criterio de esta Sala; y, de otro, que no existe motivación específica para avalarse la no imposición de costas. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito adhiriéndose al recurso de apelación, por entender que se empleó una fórmula genérica tanto para justificar el proceso de provisión del puesto -sin que llegara a motivarse cuáles eran las razones de extraordinaria y urgente necesidad- como el nombramiento de la candidata seleccionada

La parte apelada defendió la procedencia de confirmar la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Planteada la controversia en los términos referidos en esta segunda instancia, esta Sala no puede sino hacer propios los acertados razonamientos de la Sentencia apelada. Tal y como se ha puesto de manifiesto en la Sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Sala el día 30 de mayo de 2019 en el rollo de apelación 775/19, para dar respuesta a los alegatos de las partes conviene partir de diversas premisas, que, en buena medida, dan respuesta a aquella. La primera 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 (rollo de apelación 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 Tribunal Constitucional, 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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 133/2001, de 13 de junio, F. 5 ; 5/2002, de 14 de enero, F. 4 ; y 26/2006, de 30 de enero, F. 9).”





La segunda es que, al consagrar el artículo 23.2 de la Constitución Española el derecho fundamental al acceso igualitario al empleo público, no puede existir, contemplando tal precepto desde una perspectiva negativa, discriminación alguna que no esté inspirada en razones estrictamente objetivas de capacitación personal para el desempeño del empleo. De la misma forma, y desde una perspectiva positiva, tal derecho 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 manera diferente a quienes presentan méritos objetivos distintos, promocionando al más válido. En este sentido, ya indicó la Sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Sala el 18 de septiembre de 2015 (rollo de apelación 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 Estatuto Básico del Empleado Público, siendo que su artículo 81.3 exige la pública convocatoria de la plaza ofertada por este medio.

La tercera se refiere a las peculiares condiciones del sistema de provisión examinado, caracterizado por la urgente necesidad que lo motiva; que exonera en gran medida el rigor del proceso de evaluación de los méritos de los candidatos, sin que tampoco esta circunstancia pueda oponerse para promover a candidatos por meras razones subjetivas, pues, por el contrario, tal promoción ha de efectuarse con base en razones objetivas reveladoras de su capacitación. En este sentido apunta la reciente Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (dictada en el recurso de casación 1594/2017), al referir que, toda vez que la comisión de servicios se regula dentro de la "movilidad" funcional -que es figura distinta del régimen de provisión de puestos de trabajo-, la exigencia de convocatoria pública (contemplada artículo 81.3 del Estatuto Básico del empleado Público) "no implica -máxime si concurren necesidades urgentes e inaplazables- aplicar las exigencias y formalidades procedimentales propias de los sistemas de provisión ordinarios, en especial el concurso, en el que se presentan y valoran méritos, se constituyen órganos de evaluación, etc.: bastará el anuncio de la oferta de la plaza en comisión de servicios, la constatación de que el eventual adjudicatario cuenta con los requisitos para ocuparla según la relación de puestos de trabajo y su idoneidad para desempeñar la plaza vacante"

Y la cuarta es que la cobertura de puestos de trabajo en comisión de servicio, en cuanto que medida excepcional, debe estar suficientemente motivada en razones concretas de urgencia y necesidad que justifiquen la preteritoriedad del nombramiento.

De no respetarse alguno de los condicionantes expuestos, pudiera apreciarse la existencia de vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

TERCERO.- Una vez efectuada esta mención, se está en disposición de dar respuesta a las cuestiones suscitadas por el apelante y el Ministerio Fiscal. Como se ha referido previamente, el apelante opone, en primer lugar, que la Sentencia apelada obvia que





aquel compareció ante Notario dentro del periodo de presentación de solicitudes para manifestar quién iba a ser la candidata finalmente seleccionada en el proceso, lo que, a su juicio, demuestra que la resolución de aquel estaba predeterminada. La Sala no comparte tal razonamiento. Que en una organización de ámbito y personal relativamente limitado pueda intuirse -con ciertas probabilidades de éxito, e incluso con casi plena seguridad- que potenciales aspirantes a un proceso de cobertura de plaza mediante comisión de servicios puede finalmente resultar adjudicatario de aquella (por reunir mayores méritos o presentar un perfil profesional más adecuado para la plaza cuya cobertura se pretende) no comporta, sin más, que el mismo estuviera viciado por estar predeterminado el candidato finalmente seleccionado. Para ello habría de ponerse de manifiesto que aquel carece de la capacitación objetiva para el desempeño del puesto, o que ésta resulta objetivamente inferior a la que reúnen el resto de candidatos. Y a este último respecto el apelante alega únicamente en el recurso de apelación que ostenta una categoría profesional que la aspirante finalmente seleccionada, circunstancia que, expone, supondría una puntuación superior en un proceso selectivo ordinario de concurso de méritos. Mas a ello ha de oponerse que la determinaciones de este tipo de procesos selectivos no resultan aplicables a la cobertura de puestos por comisión de servicios, como recuerda la precitada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (siendo, además, que el acto impugnado es el de la convocatoria del puesto en comisión, no la adjudicación de aquella a la Sra. Antolín Moreno, efectuada por resolución de 6 de abril de 2017 -folios 6 y 7 del expediente-).

En segundo lugar, y en lo que concierne a la pretendida ausencia de justificación de la extraordinaria y urgente necesidad (opuesta tanto por el Ministerio Fiscal como por el apelante), basta dar lectura al folio 2 del expediente (anuncio de la convocatoria de la comisión de servicios) para comprobar que la misma se justificaba por la existencia de negociaciones con organizaciones sindicales para la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento (que, tal y como expone el apelante en su escrito de recuro, resultó finalmente aprobado y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga de 29 de noviembre de 2018). Este razonamiento resulta, como ya expuso la Sección Tercera de este Sala en la precitada Sentencia de 30 de mayo de 2019, “bastante para habilitar el nombramiento provisorio de forma urgente de un funcionario en comisión de servicio y por el restringido período durante el que subsista esta situación que concluirá con la determinación del exacto catálogo de puestos de trabajo incluido en la nueva RPT, momento a partir del cual deberán ofertarse las plazas resultantes vacantes de modo definitivo. En suma 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”.

Y, de la misma forma, y por lo que se refiere a la ausencia de adecuada definición de las funciones del puesto convocado -del que tan solo daba a conocer, refiere el apelante, su denominación-, han de reiterarse los razonamiento contenido en la Sentencia antes mencionada: a) que tal argumentación resulta difícilmente cohonestable con la propia actuación del apelante, por no haberle ello disuadido de presentar su solicitud para la cobertura del puesto; y b) que la sola denominación del puesto ya resulta por si solo





expresiva del tipo de responsabilidades y funciones que se asocian a aquel, además de efectuarse una remisión al anexo II del Acuerdo-Convenio entonces vigente, que recogía una Relación de Puestos de Trabajo que aludía al mismo. En cuanto a la ausencia de vinculación del Juzgado a las Sentencias de esta Sala y la ausencia de razonamiento para la no imposición de costas, tales argumentos no pudieran propiciar en ningún caso la estimación de la apelación (pues el primero no es una argumento que ponga de manifiesto la vulneración del derecho fundamental que la parte reputa conculcado y el segundo no puede propiciar la revocación de la Sentencia -obviamente la parte apelante no interesa que le sean impuestas las costas de la primera instancia-).

En virtud de todo lo anteriormente expuesto no puede sino concluirse que no ha existido la vulneración del derecho fundamental invocada; siendo, por ello, procedente la desestimación del recurso de apelación planteado.

CUARTO.- En consecuencia, por todo ello, el recurso debe ser íntegramente desestimado, y ello, al no apreciarse razones que otra cosa aconsejen y de acuerdo con el artículo 139.2 LJCA, con la obligada imposición de costas a la parte apelante.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación planteado, con condena en costas a la parte apelante.

Líbrense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, 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.-

