



SENTENCIA Nº 1711/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACION Nº 775/19

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 3ª

En Málaga, a treinta de mayo de dos mil diecinueve.

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 775/19, interpuesto en nombre de ██████████ representado por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro Jiménez Rutllan, contra la sentencia nº 449/18, de 27 de diciembre, 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 420/17, en el que figura como apelado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Páez Gómez, 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 ██████████ se interpuso recurso contencioso-administrativo por la vulneración de su derecho fundamental al acceso al empleo público en condiciones de igualdad consumada por la resolución de fecha 17 de agosto de 2017 del Servicio de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Málaga por la que se desestima el recurso de reposición planteado





frente a la convocatoria en comisión de servicio del puesto de jefe del negociado de de control y recogida del área de sostenibilidad ambiental de fecha 19 de junio de 2017.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº 420/17, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2018 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo 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 declarándose caducado el trámite respecto del representante del 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 1 de Málaga se dictó sentencia de fecha 27 de diciembre de 2018 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 la resolución de fecha 17 de agosto de 2017 del Servicio de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Málaga por la que se desestima el recurso de reposición planteado frente a la convocatoria en comisión de servicio del puesto de jefe del negociado de de control y recogida del área de sostenibilidad ambiental de fecha 19 de junio de 2017.

La sentencia apelada razona que el acto impugnado no ha vulnerado del derecho del actor al haberse seguido en la convocatoria de la plaza las pautas marcadas por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 18 de septiembre de 2015, que en lo esencial exigían la convocatoria pública de un proceso de concurrencia competitiva para la provisión de los puestos de trabajo en comisión de servicios, prescripciones que han sido respetadas en el presente caso.





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 proceso de concurrencia competitiva tenía por finalidad espuria dotar de formalidad al nombramiento predeterminado de un funcionario que goza del favor de los responsables municipales y que el órgano a quo está habilitado en el ejercicio de su independencia jurisdiccional para separarse del criterio de los órganos superiores y así desvincularse de la precedente sentencia de la Sala que le sirve de fundamento de fecha 19 de marzo de 2018.

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 ha existido vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de CE en tanto que no se ha justificado de forma individualizada la necesidad de utilizar esta forma excepcional de provisión de puestos de trabajo por razones de urgencia y necesidad que no se suplen mediante una formulación genérica de motivos.

SEGUNDO.- 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, 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.

En nuestro caso el recurrente considera que el procedimiento de provisión de la comisión de servicio está viciado por diferentes motivos. En primer lugar entiende que la plaza a pesar de ofertarse públicamente ya estaba concedida de antemano a un funcionario al que la Administración viene favoreciendo desde antiguo, justificando que ya había estado nombrado para el cargo de jefe de grupo. Esta es una construcción especulativa que no podemos aceptar en sede judicial. 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.

En segundo lugar, la convocatoria de la plaza en comisión de servicios vino justificada por la existencia de negociaciones con organizaciones sindicales para la modificación de la relación de puestos de trabajo del ayuntamiento, finalmente aprobado y publicado en fecha 29 de noviembre de 2018, razonamiento 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 de jefe de negociado de control y recogida del área de sostenibilidad ambiental aparecida en el portal web del Ayuntamiento el 19 de junio de 2017.

Por último y en lo que toca a la deficiente identificación de las características del puesto de trabajo en la convocatoria, llama la atención en primer lugar que esto no haya disuadido al recurrente de presentar su candidatura, de lo que se puede extraer que no existe una objetiva afectación al derecho fundamental del recurrente por este motivo. En cualquier caso, sí destacamos que el puesto ofertado se identifica suficientemente con su denominación que es de por sí 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.

TERCERO.- 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, hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

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. Alvaro Jiménez Rutllan, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Málaga de fecha 27 de diciembre de 2018, que se confirma, con expresa imposición de las costas de esta instancia a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

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 sujecución.

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.-

