



SENTENCIA N° 1614/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 0808/2019

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. SANTIAGO MACHO MACHO
D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO
Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 20 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 808/2019, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Paéz Gómez y defendido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal, contra la sentencia n° 394/18, de 8 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SEIS de Málaga, en autos de Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, num. 83/2018, estando personada como parte apelada [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Jiménez Rutllan y sumiendo la defensa el propio apelado, como funcionario público. Es parte el Ministerio Fiscal,

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SEIS de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñada estimando el recurso interpuesto por el ahora apelada.

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia, es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito presentado el 30/11/2018, con base a los motivos que se exponen en el escrito de recurso, para pedir revoque la Sentencia dictada en el mismo, confirmando el acto administrativo impugnado, y en consecuencia desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte actora.

TERCERO.- La parte apelada presentó escrito el 6/02/19 de impugnación al recurso de apelación, donde alega cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia por la que





desestimando el recurso, confirme la del juzgado de instancia. Con costas en la presente instancia.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal presenta escrito el alegando cuanto tiene por oportuno par decir se adhiere parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, interesando se dicte sentencia que, de conformidad con su informe de 5-6-2018, mantenga el pronunciamiento principal relativo a la nulidad de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 27-11-2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad, pero anule los demás pronunciamientos de la misma en la medida en que considerarnos que no existió desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por el demandante; que no puede acordarse la nulidad del posible nombramiento que devino de aquella convocatoria al no poder afectar esta resolución a tercero que no ha tenido intervención en este procedimiento; que la nulidad de la convocatoria no puede conllevar de suyo la imposición al Ayuntamiento de la pretensión del demandante de obligar al ente municipal a utilizar una concreta fórmula para la provisión del puesto en cuestión, cuestión esta que excede del ámbito de este procedimiento.

QUINTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día ocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó la sentencia nº 394/18, de 8 de noviembre, en autos de Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, num. 83/2018, cuyo fallo es : *“QUE en el Procedimiento Derechos Fundamentales 83/2018, debo ESTIMAR y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación contra las convocatorias y resoluciones anunciadas y dictada por el Ayuntamiento de Málaga e identificada en los antecedentes de la presente resolución, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez; y por ello debo declarar la nulidad tanto de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 27 de noviembre de 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad; la disconformidad a derecho de la desestimación presunta del recurso de reposición frente a la previa impugnación; así como procede declarar la nulidad del nombramiento que devino de aquella previa convocatoria. A resultados de lo anterior la administración demandada deberá realizar convocatorias para el citado puesto en la forma señalada en el Fundamento Quinto de la presente resolución. Todo lo anterior sin hacer expresa condena en costas por las serias dudas de derecho evidenciadas en esta resolución.”*

El antecedente 1º de la sentencia refiere las resoluciones a que se remite el fallo *“ contra la desestimación presunta y por el Ayuntamiento de Málaga de recurso de reposición presentado por el actor frente a convocatoria por el portal interno municipal de fecha 27*





de noviembre de 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad.”.

SEGUNDO.-Frente a dicha sentencia la parte apelante alega, en síntesis:

-Error en la identificación del objeto del recurso. Existencia de resolución expresa firme y consentida. No existencia de acto definitivo de nombramiento.-

Como ya fue puesto de manifiesto y acreditado por esta parte en su escrito de contestación, no concurre en el presente caso, frente a lo erróneamente apreciado en la sentencia impugnada, desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto de contrario, sino expresa. Se adjuntó como Documento nº 1 de nuestro escrito de contestación, el traslado al recurrente, con su firma, del Decreto de fecha 20 de diciembre de 2017 en el que se procedió a la desestimación de cuatro recursos de reposición interpuestos por él (entre ellos, el que era objeto de este pleito) y en el que se rechazaba en el Considerando IX la solicitud de suspensión del acto.

Esta cuestión fue ya suscitada en la pieza separada (Pieza de Medidas Cautelares 44.1/18) que se abrió con motivo de la solicitud de suspensión del acto impugnado por supuesto silencio positivo que fue interesada por el recurrente en su escrito de interposición. El Ministerio Fiscal informó negativamente tal petición, al entender, en consonancia con lo expuesto por esta parte, que había habido desestimación expresa tanto del recurso de reposición planteado como de la solicitud de suspensión del acto y que no apreciaba la concurrencia de periculum in mora ni fumus boni iuris.

Como consecuencia necesaria de lo anterior, nos encontramos con una resolución expresa (el decreto desestimatorio de fecha 20 de diciembre de 2017) que no fue impugnado y que, por tanto, devino firme y consentido. Por este motivo, se solicitaba en la instancia la inadmisibilidad del recurso ex artículo 69 de la LJCA en relación con el artículo 28 del mismo texto legal, cuestión que no fue analizada ni resuelta en la sentencia impugnada.

Por otro lado, se procede en el fallo transcrito anteriormente a declarar “la nulidad del nombramiento que devino de aquella previa convocatoria”. Sin embargo, tal y como fue puesto de manifiesto por esta parte en nuestro escrito de contestación y se constata de una somera comprobación del expediente administrativo, en el presente procedimiento NO existía ningún Decreto de nombramiento. Sólo se formuló propuesta de nombramiento motivada, acto de trámite no definitivo y por lo tanto no impugnable en vía administrativa.

En definitiva, la sentencia está incurriendo en incongruencia omisiva con respecto a la causa de inadmisibilidad ex artículo 69 de la LJCA en relación con el artículo 28 del mismo texto legal que fue invocada por esta parte en nuestra contestación y no mencionada en sentencia, así como en relación con la cuestión planteada acerca del carácter no definitivo y por tanto no susceptible de impugnación de la propuesta de nombramiento que finalizaba el expediente administrativo.

- Error en la aplicación de la jurisprudencia del tribunal supremo relativa a la desviación procesal.-

En primer lugar, y en relación con la alegación de inadmisibilidad parcial del presente recurso efectuado por esta parte y resuelto por la Sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho Segundo de la misma, previamente a entrar en el fondo el asunto, señalar que esta parte entiende, con todos los respetos, que por el Juzgador de instancia no se aplica correctamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la desviación procesal, acogiéndose a lo dispuesto por esa misma Sala en caso análogo en su Sentencia de 19 de



julio de 2018 (Recurso de Apelación n. 436/2017), que por el mismo motivo ha sido impugnada en casación ante el Alto tribunal por este Ayuntamiento.

Así, y como se ha puesto de manifiesto por esta parte en el citado recurso, la Sentencia cuya impugnación se pretende anula un acto administrativo (no definitivo), no sólo posterior a la reclamación inicial planteada en vía administrativa y finalmente desestimada, no habiendo podido entrar por tanto la Administración a conocer sobre el mismo en dicha vía, sino ni siquiera citado en el escrito de interposición y demanda interpuesta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que tampoco se hubiera solicitado posteriormente por el recurrente acumulación o ampliación de la demanda respecto al mismo.

Sin perjuicio de que una propuesta de nombramiento no es susceptible de recurso al no ser un acto definitivo, esta técnica procesal es manifiestamente errónea en un procedimiento especial, que no puede ser utilizado de forma caprichosa por los recurrentes y que exige para su tramitación de un juicio previo de admisibilidad (artículo 117 LJCA) que aquí se hurtó al juzgado y a esta parte con respecto a la segunda pretensión ejercitada y a los restantes derechos constitucionales supuestamente vulnerados. Y es que, en su escrito de interposición citaba como único artículo constitucional vulnerado el art. 23.2, señalando que la convocatoria impugnada atentaba “contra los derechos fundamentales de igualdad y mérito en el acceso a la función pública”.

Posteriormente, en la demanda, pareció querer extender el objeto del proceso a la propuesta de nombramiento, citando cuatro artículos constitucionales más que han sido supuestamente vulnerados, además de otros preceptos que nada tienen que ver con este procedimiento especial y sumario.

Lo correcto hubiera sido que el recurrente hubiera solicitado la ampliación de su recurso si es que pretendía impugnar nuevos actos administrativos y que hubiera justificado de forma precisa y clara qué tutela pretendía y qué nuevos derechos entendía vulnerados, a fin de que hubiera podido valorarse si procedía la ampliación y si su tramitación por este procedimiento era adecuada o no.

A estos efectos, el artículo 115 de la LJCA, establece con claridad:

1. “El plazo para interponer este recurso será de diez días que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto (...)
2. En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso”.

Podemos señalar como vulnerada la doctrina reflejada en Sentencias del Alto Tribunal como las siguientes:

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 5, de 3 de julio de 2001, No de Recurso: 9063/1996, (██) (Roj: STS 5718/2001 - ECLI: ES:TS:2001:5718; Id Cendoj: 28079130052001100144), según la cual:

“*TERCERO.- Como único motivo de casación la parte recurrente opone el artículo 82 c) LJ, que, a su juicio ha sido infringido por la sentencia recurrida. Antes del examen de las diversas razones aducidas ha de recordarse que esta Sala viene declarando repetidamente (sentencia de 12 de noviembre de 1996, y las que en ella se citan) que el proceso contencioso administrativo no admite la desviación procesal producida al formularse en vía jurisdiccional cuestiones nuevas sobre las que la Administración no*





tuvo ocasión de pronunciarse, no procediendo en consecuencia hacer pronunciamiento alguno sobre las mismas, al ser peticiones que no fueron objeto de las resoluciones administrativas impugnadas, sin que se óbice a ello lo dispuesto en los artículos 43.1 y 69.1 LJ, ya que si tales normas permiten nuevas alegaciones o motivos nuevos, en modo alguno autorizan que puedan modificarse, alterarse o adicionarse a las peticiones instadas en vía administrativa otras nuevas en esta vía jurisdiccional, no formuladas ante la Administración, puesto que si nuestra ley jurisdiccional admite la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante aquélla, de modo que en el escrito de demanda puedan integrarse razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente administrativo antecedente de la litis, no cabe que se produzca una discordancia objetiva entre lo pedido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional. La cuestión decisiva es, pues, determinar en cada caso si la diferencia observada entre la vía administrativa y la judicial responde a una alteración sustancial de las pretensiones ejercitadas o de los motivos opuestos como fundamento de la única pretensión mantenida en ambas vías”.

- Sentencia n. 174/2016 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 7, de 2 de febrero de 2016, No de Recurso: 464/2014, [REDACTED] (Roj: STS 269/2016 - ECLI:ES:TS:2016:269; Id Cendoj: 28079130072016100031). En esta Sentencia se inadmite la impugnación dirigida contra un nombramiento en comisión de servicios al entender que existe desviación procesal, limitándose a estimar el recurso de casación en relación con la resolución administrativa que aprobó la convocatoria de provisión del citado puesto. Así:

“QUINTO.- Debe ya adelantarse que esta Sala considera fundada, por lo que seguidamente se va a explicar, la desviación de poder que es denunciada para apoyar la pretensión anulatoria que es deducida por la parte actora frente a la convocatoria que aquí es objeto de impugnación. Y juzga inadmisibles la nulidad pretendida para el nombramiento en comisión de servicios de don..., por plantearse sobre una actuación administrativa frente a la que no se dirigió el inicial recurso contencioso-administrativo e incurrir por ello en desviación procesal”.

-En idéntico sentido, si bien como argumento obiter dicta, razonaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 1 de octubre de 2015 (rec. 2413/2014), en un supuesto de inadmisibilidad de recurso para la protección de los derechos fundamentales de la persona:

“En esta fase de admisibilidad del recurso para la protección de los derechos fundamentales de la persona precisa del cumplimiento de los requisitos formales para decidir sobre su admisión, sin tolerar una inadecuada o fraudulenta utilización del recurso, se han de determinar los elementos que permitan comprobar que la pretensión es ejercitada en relación al derecho fundamental que se postula, es decir, que se determine el derecho o derechos que estima vulnerados, el acto causante, una exposición de las razones por la que estima que se produce la vulneración del derecho fundamental que no resulte desacertada o contraria a la doctrina existente sobre ello, así como una descripción de los hechos que determinan esa vulneración...”

Pues bien, resulta evidente que ese trámite de admisibilidad no ha podido ser llevado a cabo ni por ese Juzgado ni por esta parte, habida cuenta que se desconocía que el recurso se iba a dirigir contra otros actos distintos al delimitado en el escrito de interposición ni por vulneración de otros derechos diferentes al que es mencionado en ese escrito.

-En sentido coincidente con el expuesto por esta parte cabe citar la Sentencia del TSJ de





Canarias, Sala de lo contencioso-administrativo de fecha 15 de mayo de 2015 (Rec. 102/2014) que razonaba en un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que, en la demanda, se ampliaba el objeto del proceso a un decreto no impugnado en el escrito de interposición, lo siguiente:

“FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO.- El acto recurrido de identifica en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo como “la desestimación presunta del previo recurso de alzada, interpuesto ante el Ilmo. Sr. Fiscal de la Fiscalía Provincial de las Palmas, el 27/11/2013, frente a la resolución de fecha 4 de julio de 2013 (...). No es ni puede ser objeto de examen examinar la legalidad de un Decreto no impugnado en el presente proceso, en el que no se amplió el recurso a ese acto, ni puede la Sala declarar consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación a un supuesto de hecho en el que queda vedado el examen de legalidad de tal Decreto”.

-De igual forma, la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de fecha 10 de diciembre de 2010 (rec. 559/2010) que señalaba en un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que no hallaba correspondencia entre lo que fue definido como objeto de impugnación en el escrito inicial del proceso y el suplico de la demanda, lo siguiente, FJ 5o:

“En el escrito inicial del proceso es donde queda indicado y por tanto acotado el acto que se impugna y frente al cual exclusivamente podrán articularse en la demanda las pretensiones de parte, doctrina que una jurisprudencia uniforme viene afirmando al señalar que no pueden desviarse las pretensiones del proceso hacia actos distintos de los que fueron indicados en el escrito de interposición. De manera que si entre el escrito de interposición y el suplico de la demanda existe una divergencia sustancial, existe desviación procesal”.

Estáramos ante un recurso sustancialmente idéntico al analizado por el Juzgado nº 5 de esta ciudad, de fecha 25 de enero de 2017 (P.A. 571/16), en la que el Juzgador razonaba:

“No obstante las anteriores consideraciones, puesto que el objeto del recurso no son las resoluciones que realizan los nombramientos, sino las que anuncian la provisión, la forma en la que se ha realizado el anuncio se ajusta a derecho...”

De igual forma, en el P.A. 132/16, la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016, el Juzgado nº 5 de esta ciudad, señalaba en su FJ 3º:

“Así, el artículo 115.2 establece cuál debe ser el contenido del escrito de interposición, al señalar que en éste “se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso”. De esta forma, se permite que el órgano judicial tenga, desde un primer momento, un conocimiento aproximado de la cuestión que se pretende plantear, con objeto de que pueda desarrollar su facultad de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para la viabilidad del procedimiento especial y, en su caso, tramitando el incidente de inadmisión contemplado en el artículo 117 LJCA”.

Así, la resolución administrativa expresa desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la convocatoria en cuestión anterior a la propuesta de nombramiento, como también consta en el expediente administrativo, por lo que no era posible entrar a conocer sobre la misma en dicha vía administrativa, tratándose además de un acto no definitivo no susceptible de impugnación.

- Por otra parte, debe señalarse que en el presente caso la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 6 ahora impugnada va aún más allá de lo fallado en la ya citada Sentencia n. 1684/2018, de 19 de julio (recurso de apelación n. 436/2017), a la que





sigue según su Fundamento de Derecho Cuarto con preferencia a la anterior Sentencia de esa Sala de 19 de marzo de 2018, recurso de apelación no 163/18, *“teniendo en cuenta la mayor proximidad cronológica del sentido y pronunciamiento alcanzada”* por la misma, ya que no sólo anula las convocatorias y posteriores nombramientos derivados de éstas, sino que, apartándose del fallo la citada Sentencia de Sala de julio de 2018, también dispone que *“la administración demandada deberá realizar convocatorias para los citados puestos en la forma señalada en el Fundamento Quinto de la presente Resolución”*. Según el Fundamento Cuarto, que no Quinto como se dice en el Fallo por error material, esos nuevos actos de convocatoria deberán efectuarse *“mediante concurso de méritos, en el que aún de forma urgente provisional se publicit(a)en debidamente dichos puestos detallando los requisitos que han de presentar lo(s) posibles aspirantes, los méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo; y el nombramiento de un tribunal calificador para la provisión de los mismos”*.

Vista toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo anteriormente expuesta, es evidente que con dicha decisión también se vulnera la citada doctrina sobre la desviación procesal, ya que tal cuestión en ningún momento fue planteada ni por tanto debatida en vía administrativa, debiendo la sentencia limitarse a decidir sobre el ajuste o no a la legalidad de las convocatorias en cuestión, pero no sobre la totalidad del proceso de selección derivado de las mismas y de los actos finales resultantes de tales procesos selectivos, y mucho menos obligar a la Administración que represento a utilizar una forma determinada de provisión de puestos de trabajo, ya que ello también infringe claramente la potestad de autoorganización de este Ayuntamiento.

Así, es evidente que la disconformidad del recurrente con la utilización o no de la figura de la comisión de servicios en favor de la del concurso de méritos, no puede ser analizada y estudiada en este recurso, al ser una cuestión distinta y extraña a la convocatoria, incurriendo por tanto la sentencia impugnada en error en la aplicación de la jurisprudencia en materia de desviación procesal.

Incurre también en error la sentencia impugnada cuando, por un lado, está admitiendo la provisión de puestos *“aún de forma urgente provisional”* y, de otro, exigiendo requisitos propios de un sistema que no revista esas notas de urgencia y provisionalidad (FJ Cuarto in fine).

Es evidente que no cabe exigir los requisitos propios de un concurso, como veremos más adelante, puesto que no estamos ante uno.

Por ello, y dado que en el fallo de la Sentencia impugnada se ordena acudir a dicha figura del concurso de méritos para cubrir la jefatura objeto del presente recurso, nos remitimos a lo dispuesto en su día por la Sentencia de 26 de septiembre de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 (P.A. 391/07), en el que se interpuso el recurso planteando la inactividad administrativa para que se declarara la obligación del Ayuntamiento de Málaga de proveer mediante concurso de méritos el puesto de Jefe de Negociado de la OMAC 1. Dicha sentencia desestimó el recurso al considerar que *“no existe, por lo tanto, en este momento, una prestación concreta a la que esté obligado el Ayuntamiento, más allá de que se efectúen los correspondientes nombramientos en comisión de servicio hasta tanto se puedan proveer definitivamente los diferentes puestos, ..”*, concluyendo que : *“.. sin que por Ley pudiera estar tan constreñida a tal efecto que hubiera de entenderse que dicha Ley impone una prestación rigurosa, manifiesta, incondicional, incontrovertible, inexorable y precisa, al margen de las consideraciones que debe valorar como propias y exclusivas la Administración, y al margen también de*





cualquier ponderación de la Administración sobre oportunidad, tiempo y determinaciones convenientes, de modo que, también por esta vía, procederá rechazar que la Ley imponga, en los términos requeridos por el artículo 29.1 de la LJCA, la actuación que el recurrente solicita- en este sentido SSTs 21 enero 2002 y 24 julio 2002". En esa misma línea, ninguna de las numerosas Sentencias hasta ahora dictadas en estos procedimientos instados por el Sr. Alonso Nieto, ni de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de esta capital ni de esa misma Sala del TSJA, independientemente del sentido de su fallo, ha declarado, como parece lógico y ajustado a Derecho, la obligación del Ayuntamiento de convocar las plazas a través de un concurso de méritos, limitándose en su caso las más restrictivas hacia este Ayuntamiento, entre las que se encuentra la citada Sentencia de esa Sala de 19 de julio de 2018, a anular los nombramientos, deduciéndose de todas ellas que nada obsta a la provisión de puestos de trabajo a través de la figura de la comisión de servicios, regulada en el Capítulo IV del Título III del Real Decreto 364/1995 e igualmente prevista en el artículo 59 del vigente Acuerdo de Funcionarios, Capítulo VIII, siempre que se lleve a cabo aplicando los principios del artículo 78 de Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Error en la aplicación de los artículos 14 y 23.2 de la constitución.-

Según el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia impugnada, el juzgador de instancia "considera que sus conclusiones alcanzadas en la sentencia dictada por quien aquí resuelve durante la sustitución llevada a cabo en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo No 5 en su PA 10/2017 podrían haber sido aplicables al presente supuesto, pues considera que se sujetó estrictamente a criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en esta materia. Más aún lo anterior a la vista de las razones y considerandos contenidos en la Sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga en fecha 19 de marzo de 2018 sobre un supuesto más que parecido al que nos ocupa y en la que se estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga frente a previa sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo No 2 de Málaga. En esta resolución y por la ilustre y prestigiosa Sala, se consideró correcto el anuncio para la provisión del puesto de trabajo allí discutido (Jefe de Sección Económico Administrativo del área de Participación Ciudadana, Inmigración y cooperación al Desarrollo) y cumplidos por la Administración los requisitos que venían marcados desde la Sentencia de 18 de septiembre de 2015; resolución de apelación que podría dar suficiente cobertura jurídica a la decisión alcanzada por este humilde Juez en aquellas actuaciones de PA 10/2017".

Sin embargo, a pesar de lo anteriormente expuesto, y tras hacer referencia a la acusación de prevaricación lanzada por el [REDACTED] contra su Señoría, éste manifiesta que "no puede desconocer en su caso que la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, ha dictado sentencia el 19 de julio de 2018 en un supuesto también más que parecido al que nos ocupa, estimando el recurso de apelación interpuesto por el actor frente al nombramiento para cubrir, mediante sistema de comisiones servicio varios puestos de jefe de negociado, anulando tanto las convocatorias como los nombramientos consecuencia de ellos. Al haber aportado el actor dicha resolución de apelación, siendo parte en aquellas actuaciones igualmente el Ayuntamiento de Málaga, y para evitar redundantes transcripciones ante la acumulación de sentencias presentadas por ambas partes en este procedimiento, se da aquí por reproducida dicha resolución presentada por el actor el 27 de septiembre de 2018.





Con tal estado de cosas, considerando quien aquí resuelve que la sala ha presentado un criterio dispar en su(s) pronunciamientos sobre esta cuestión, pero teniendo en cuenta la mayor proximidad cronológica del sentido y pronunciamiento alcanzado de la segunda sentencia frente la primera de las indicada en este fundamento, se considera que se ha vulnerado el derecho fundamental al artículo 14 así como el 23.2 ambos de la CE y por tanto, siguiendo la línea marcada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga 19 de julio de 2018, estimar el recurso”.

Es decir, que se sigue por la Sentencia objeto del presente recurso lo dispuesto por esa Sala en su Sentencia de 19 de julio del presente año frente a lo dispuesto por la misma Sala en la también citada Sentencia de 19 de marzo anterior, por ser la dictada en julio más reciente.

Olvida sin embargo el juzgador de instancia una cuestión fundamental: que la Sentencia nº 517/18, de 19 de marzo de 2018, recurso de apelación nº 163/18, por la que se revocó la Sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Contencioso núm. 2 de Málaga que estimaba el recurso interpuesto también por el [REDACTED] se dictó en un Procedimiento Especial de Derechos Fundamentales del artículo 114 y siguientes de la LJCA como el presente, en concreto el n. 206/2017, mientras que la Sentencia n. 1684/18, de 19 de julio de 2018, recurso de apelación n. 436/17, se dictó en un Procedimiento Abreviado del artículo 78 de la misma LJCA, el n. 571/2016, por lo que la misma no ha resuelto, como era de esperar, sobre la posible vulneración o no de los derecho fundamentales citados (artículos 14 y 23.2 de la CE), sino sobre cuestiones de legalidad ordinaria que no constituyen el objeto del presente procedimiento. Una lectura detenida de dicha Sentencia confirma la anterior afirmación, ya que en ella en ningún caso se fundamenta sobre si se ha vulnerado el principio de igualdad o el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, sino únicamente, atendiendo a su objeto, sobre si las convocatorias impugnadas cumplían los requisitos legalmente exigibles según la normativa de aplicación en materia de función pública.

A todo lo anterior podemos añadir que las muy recientes Sentencias n. 299/2018, de 31 de julio (P.D.F. 120/2018) y n. 304/2018, de 7 de septiembre de 2018 (P.D.F. 79/2018) del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Málaga, desestimaron igualmente los recursos interpuestos por el [REDACTED] en casos idénticos, declarando que los Decretos recurridos no vulneraban el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, al entender que la Corporación Municipal que represento se había sujetado al criterio de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, debiendo recordarse que mientras la Sentencia n. 517/18, de 19 de marzo de 2018 ya es firme, al haberse inadmitido a trámite el recurso de casación interpuesto frente al misma por el [REDACTED] [REDACTED] mientras que la Sentencia aplicada por el juzgador de instancia, la n. 1684/18, de 19 de julio de 2018, ha sido recurrida en casación por este Ayuntamiento, no siendo por tanto firme la misma. De ambas circunstancias hay constancia en esa misma Sala.

Entendemos por tanto que la Sentencia recurrida desvirtúa la especialidad del procedimiento que aquí nos ocupa, pretendiendo que se aplique al mismo una sentencia que no versa sobre el objeto especial del presente procedimiento, que no es otro que la protección de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 53.2 de la CE en concordancia con el artículo 114 de la LJCA, debiendo la misma ser revocada por los motivos expuestos anteriormente.

En todo caso, señalar que, según se manifiesta en el Fundamento de Derecho Quinto de la



Sentencia, el propio Juzgador *“ha puesto sobre la mesa la concurrencia de dos sentencias dictadas por la propia Sala de lo Contencioso de Málaga con un escaso margen de algo menos de seis meses, en las que se mantienen criterios dispares sobre situaciones como la planteada y aquí enjuiciada y resuelta... sin poder obviar las dudas que se derivan de dicha discrepancia.”*, criterios dispares que analizaremos con más detalle en el motivo siguiente.

Uno de los motivos que el Tribunal Supremo ha utilizado para entender inadmisibl  un recurso presentado por el cauce del procedimiento de protección de los derechos fundamentales es que se dirija frente a un acto no susceptible de producir la vulneración denunciada. Pues bien, una convocatoria para acceder a un puesto, que se publica en el portal interno del Ayuntamiento para que todo el mundo la conozca y a la que se presentan los funcionarios que lo estiman oportuno, no es susceptible, en principio y salvo que se demuestre otra cosa, de producir la vulneración de acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

La convocatoria en cuanto tal lo que debe permitir es su conocimiento general y el acceso y presentación de solicitudes por todo aquél que reúna los requisitos y esas condiciones se cumplen y se satisfacen por el Ayuntamiento tras la aplicación de los criterios de la Sentencia de esa Sala de fecha 18 de septiembre de 2015.

La doctrina constitucional que desarrolla el alcance y significado del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la CE y que se contiene en la STC 27/2012, de 1 de marzo (FJ 5), señala que este precepto comporta la interdicción de requisitos de carácter discriminatorio y que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. Así, señala textualmente:

“Así, hemos afirmado que las normas que regulan estos procesos deben, para respetar el principio de igualdad, establecer los requisitos y condiciones de acceso en términos abstractos y generales, con la interdicción de cualquier referencia individualizada o de convocatorias ad personam y de requisitos discriminatorios (SSTC 60/1986, de 20 de mayo; 148/1986, de 25 de noviembre; 18/1987, de 16 de febrero; 27/1991, de 14 de febrero). También dentro de este principio, como antes se ha apuntado, se ha exigido que las condiciones y requisitos que se establezcan sean referibles a los principios de mérito y capacidad, estableciéndose la obligación de “no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que sin esta referencia, establezcan una diferencia entre ciudadanos” (STC 138/2000, de 29 de mayo), FJ 6”.

No encontramos en la convocatoria cuestionada ningún atisbo de requisito discriminatorio o excluyente ni ninguna de las notas que el Tribunal Constitucional ha pergeñado como atentatorias contra el artículo 23.2 de la CE cuya vulneración se invoca de contrario.

Tras la implantación del nuevo sistema, las convocatorias se publican en la web municipal (folio 2 del expediente) que es de libre acceso para los empleados municipales y en ellas se especifican el puesto de trabajo concreto y sus requisitos, así como el lugar al que deben dirigirse las solicitudes y el plazo de presentación. Se exige además que la propuesta del área sea motivada.

En el caso de la convocatoria para el puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del área de Turismo y Promoción de la Ciudad se presentaron ocho solicitudes (folios 4 y 5).

Todos los funcionarios que lo desearon y que reunían los requisitos exigidos pudieron





participar en condiciones de igualdad en el proceso. No existió falta de publicidad o discriminación alguna.

Cuestión diferente es que el recurrente no esté de acuerdo con el resultado final pero ese es un asunto que no es objeto de este pleito, como antes hemos razonado, tratándose además de una cuestión de legalidad ordinaria no esgrimible en este procedimiento especial.

- Error en la aplicación de los artículos 80.1, 81.3, Disposición Final 4ª del Real Decreto Legislativo 5/2015 y 64.1 del Real Decreto 364/1995.-

Subsidiariamente, y aunque consideramos que la siguiente cuestión no debería ser objeto de análisis del presente procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, a efectos de no causar indefensión a la Administración que represento y dado que la sentencia impugnada, y la de esta Sala a la que se acoge, se basan en los referidos artículos para anular la actuación de este Ayuntamiento, no podemos sino combatir dicha interpretación, entendiéndolo que la misma no se ajusta a Derecho.

En concreto, entendemos que existen criterios contradictorios, tanto en Sentencias de la propia Sala de Málaga como en Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, a la hora de interpretar los artículos 80.1 y 81.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y 64.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado; de manera muy clara, y como la propia sentencia impugnada ha reflejado, entre la Sentencia de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga de 19 de julio de 2018 (Recurso de Apelación n. 436/2017) y la Sentencia de 19 de marzo de 2018 (Recurso de Apelación 163/2018), en la que analizándose convocatoria idéntica de otra Jefatura del Ayuntamiento de Málaga, en recurso interpuesto también por el [REDACTED] concluyó que la convocatoria en cuestión cumplía con lo dispuesto en la anterior Sentencia del TSJA con sede en Málaga de 18 de septiembre de 2015 (Recurso de Apelación 876/2015), que estableció una serie de criterios respecto a las convocatorias a efectuar por el Ayuntamiento de Málaga, exigiendo un mínimo de publicidad incluso en los casos de comisiones de servicio.

Como ya expusimos en el motivo anterior, en el Fundamento de Derecho Tercero de la citada Sentencia de 19 de marzo de 2018, y tras referirse y transcribir parcialmente su anterior Sentencia recaída en el P.O. 1255/2008, se viene a concluir lo siguiente:

“En el presente caso el examen del expediente pone de manifiesto:

a) El anuncio de provisión del puesto de trabajo discutido, de fecha 10 de febrero de 2017, abrió un procedimiento de concurrencia competitiva, describiendo el puesto de trabajo y sus requisitos, fijando el lugar al que debían dirigirse las solicitudes y el plazo para su formulación.

b) Consta la presentación de cinco solicitudes y la propuesta del Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad, motivándola en el mayor conocimiento del candidato, no solo de las funciones generales sino también de las específicas del Puesto.

4. Ello revela que la Administración se sujetó estrictamente al criterio de la Sala en la materia, criterio éste que mantenemos, y que en consecuencia trae aparejada la estimación del recurso de apelación interpuesto, y ello en el sentido que a continuación



se dirá”.

Se confirmó así por la Sala del TSJA de Málaga el ajuste a la legalidad y a los criterios que la misma marcó en Sentencia anterior en relación con el ahora ya reformado procedimiento de provisión de puestos, criterio que sin embargo ha sido modificado justo cuatro meses después por la Sentencia de 19 de julio de 2018, anulando convocatorias idénticas a las entonces examinadas.

Esa Sentencia, como acabamos de decir, se basa en otra previa, también contraria a los pronunciamientos de la ahora impugnada, como es la Sentencia n. 2955/2011 de la Sección 3a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga de 8 de julio de 2011, Recurso núm. 1255/2008, que consideró ajustada a derecho una convocatoria similar para cubrir provisionalmente un puesto en comisión de servicios de la Administración del Estado.

En el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia de 8 de julio de 2011 se dice que *“Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23 y 103 CE), rigen no sólo en el momento del acceso a la función pública sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, son aplicables a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988 y 47/1989), aunque, lo cierto es que también es diferente el rigor e intensidad con que en este último caso operan tales principios, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991) Más concretamente, en el preciso supuesto que ahora se trata, la propia provisionalidad de la provisión del puesto, impuesta por las razones de inaplazable y urgente necesidad acreditada, que imponen la cobertura inmediata de la vacante, unida a la temporalidad de los nombramientos resultantes, permite introducir importantes modulaciones en la atención de aquellos principios constitucionales.*

Con tales fundamentos y según ha podido verse, la norma en cuestión no prevé la convocatoria pública para la provisión del puesto, lo que, por cierto y a pesar de lo indicado al efecto por el actor, puede también extraerse de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 81.3 establece que “ 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 ”, lo que claramente indica que en estos casos no habrá de suscitarse la concurrencia [En el mismo sentido, se pronuncia el actual artículo 81.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público].

Por lo demás, tampoco en estos supuestos se acude al procedimiento de concurso, es decir a la “ valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico” (artículo 79.1 Ley 7/2007), sin que, consiguientemente, la convocatoria o acuerdo de incoación deba contener baremo alguno al que sujetarse dicha valoración”.

Asimismo, el Fundamento Jurídico Tercero señala que “El mismo resultado debe ofrecerse la también alegada falta de intervención en el proceso selectivo de comisión técnica alguna, no prevista por las normas que lo regulan, limitando este tipo de órganos



a la provisión por concurso (Capítulo II del Título III del Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo), distinto del que ahora se trata".

El Fundamento Jurídico Cuarto sigue diciendo que "Por otro lado, aunque en el presente supuesto la Administración acudió efectivamente a aquel procedimiento de provisión provisional, lo cierto es que el propio acuerdo de iniciación del procedimiento, la resolución (), abrió un procedimiento de concurrencia, para lo que no sólo describió el puesto de trabajo y sus requisitos, sino que fijó también el lugar al que debían dirigirse las solicitudes y el plazo para su formulación.

Finalmente, () es preciso tener en cuenta que dado el procedimiento que se trataba, de provisión provisional, ni era necesaria la valoración precisa de los méritos alegados (es más ni tan siquiera debía alegarse mérito alguno) ni la Administración debió motivar su decisión con fundamento en la existencia de baremo previo alguno, que no existía, de modo que aun cuando la libertad que en este sentido reconocía el ordenamiento exigía ofrecer la correspondiente motivación al acto [artículo 54 1 f) de la Ley 30/1992], la que en este caso se empleó (sucinta desde luego, como exige aquel precepto) puede estimarse suficiente al manifestar la elección del funcionario que se estimó más adecuado para la provisión del puesto, expresión que puede encontrarse en la propuesta emitida por el órgano que intervino en la evaluación de los candidatos y que, por tanto, resulta suficiente para excluir en el caso la existencia de arbitrariedad o discriminación alguna". Se añaden ahora en la Sentencia impugnada, al amparo de la Sentencia de esa Sala de 19 de julio de 2018, exigencias distintas a las requeridas por las anteriores Sentencias de esa misma Sala, que dieron su conformidad a estas convocatorias.

Es más, contrarias a la interpretación que mantiene la Sala del TSJA con sede en Málaga, no sólo en la Sentencia de 19 de julio de 2018, sino incluso en la anterior Sentencia de 18 de septiembre de 2015 (Recurso de Apelación 876/2015) que exigía "que a la cobertura de la plaza se le de un mínimo de publicidad suficiente, a fin de que otros funcionarios puedan interesar la misma, ...", existen Sentencias de TSJ de otras Comunidades Autónomas contrarias a ese criterio de la Sala de Málaga que este Ayuntamiento acató y que ahora se ha visto modificado, endurecido, tras la Sentencia que impugnamos.

Así, la Sentencia 144/2016, de 16 de marzo, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Roj: STSJ AR 1308/2016 – ECLI: ES:TSJAR:2016:1308; Id Cendoj: 50297330022016100276) señala que "compartimos la doctrina que emana del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5/6/2015 que en un supuesto similar al aquí analizado declara: «Pues bien como señala tanto la sentencia de primer grado, como la citada en escrito de oposición (STJ Burgos no 368/2004, de La Rioja 2/2002, o Andalucía 2955/11) y se desprende de lo dispuesto en los artículos 64.1 Real Decreto 364/1995 (...) cuando se trata de la cobertura en comisión de servicios de vacantes por funcionarios de carrera que reúnan los requisitos exigidos para su desempeño, se encuentran ciertamente modulados los principios de acceso a la función pública establecidos en los artículos 23 y 103 CE, de tal forma que se permite omitir en estos casos la convocatoria pública y así la Sentencia de Andalucía antes citada declara: "Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículo 23 y 103), rigen no solo en el momento del acceso a la función pública sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, son aplicables a los actos relativos a la provisión de los puestos de trabajo (SSTC 75/1983 y 47/1989), aunque lo cierto es que también es diferente el rigor e intensidad con que en este último caso operan tales



principios, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública, y por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia, en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991). Más concretamente en el supuesto que ahora se trata la propia provisionalidad de la provisión del puesto, impuesta por las razones inaplazable y urgente necesidad acreditada, que imponen la cobertura inmediata de la vacante, unida a la temporalidad de los nombramientos resultantes permite introducir importantes modulaciones en la atención de aquellos principios constitucionales”

En esa misma línea la Sentencia 457/2015, de 28 de octubre, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2015, No de Recurso 685/2014 (Roj: STSJ M 12403/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:12403; Id Cendoj: 28079330032015100586) que tiene declarado, analizando la aplicación del R.D. 364/1995, que *"a diferencia de lo que ocurre en los concursos, el RD no contempla más que unas escasas disposiciones acordes con el procedimiento de provisión mediante comisión de servicios, lo que se justifica por la excepcionalidad y la temporalidad del empleo, que dicho procedimiento proporciona y da lugar a una simplificación y economía en el procedimiento de selección, siendo lo único que se exige que el funcionario nombrado reúna los requisitos establecidos en la relación de puestos de trabajo para el desempeño del puesto, participando en lo general, estos nombramientos de una gran discrecionalidad por parte de la Administración tanto por lo que se refiere a la ponderación de las circunstancias de la convocatoria del nombramiento de funcionarios en comisiones de servicio como en cuanto a la idoneidad del funcionario para el desempeño del puesto en cuestión".*

Precisamente en base a ello, el Tribunal Supremo ha admitido recientemente a trámite el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia n. 2505/2016 de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 27 de diciembre de 2016, No de Recurso 50/2015, Sentencia que estimó el recurso de apelación en cuestión por entender que el acto de nombramiento provisional recurrido vulneró el artículo 81.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al omitirse la previa convocatoria pública de la plaza vacante y prescindió de la necesaria motivación, basándose en criterios puramente subjetivos.

En el referido caso, la Sala “a quo”, que es a la que tenemos el honor de dirigirnos, anuló el nombramiento recurrido -en comisión de servicios- por entender que su cobertura debía necesariamente ir precedida de la convocatoria pública a la que se refiere el artículo 81.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, a cuyo tenor *"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"*, discrepando la parte recurrente en casación de tal interpretación por entender que debe entrar en juego en estos casos el artículo 64 del Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que regula las *"comisiones de servicios"* sin hacer referencia en absoluto a la necesidad de aquella convocatoria, sino exclusivamente a la exigencia de que el





funcionario asuma voluntariamente la comisión y reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

A la vista de lo anterior, como ya dijimos, el Tribunal Supremo, en Auto de 3 de julio de 2017, N° de Recurso: 1594/2017 (Roj: ATS 6721/2017 - ECLI: ES:TS:2017:6721a; Id Cendoj: 28079130012017201309), admitió a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la referida Sentencia de 27 de diciembre de 2016 de la Sala de Málaga dictada en el procedimiento ordinario núm. 50/2015, entendiendo que la cuestión mencionada presentaba el interés necesario para que el Tribunal Supremo se pronunciase sobre la misma al afirmar que:

"1. La decisión alcanzada por la sentencia aquí recurrida puede resultar contradictoria, al menos aparentemente, con determinados pronunciamientos de otros órganos judiciales - como los de la Sala de Aragón, Sección Segunda, en la sentencia 144/2016, de 16 de marzo, y la sentencia de la Sala de Madrid que allí se cita -, en los que se afirma que la norma contenida en el artículo 64 del RD 364/1995 " no prevé la convocatoria pública para la provisión del puesto, lo que, por cierto y a pesar de lo indicado al efecto por el actor, puede extraerse de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público cuyo artículo 81.3 establece que 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". "
Por otro lado, es obligada referencia a la Disposición Final Cuarta del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, relativa a su entrada en vigor:

"Lo establecido en los capítulos II y III del título III, excepto el artículo 25.2, y en el capítulo III del título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto"

Por todo lo anterior, y dado que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 6 que ahora impugnamos, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia de esa Sala de Málaga de 19 de julio de 2018, no solo exige la convocatoria pública para la cobertura en comisión de servicios con carácter provisional de puestos de trabajo vacantes y la motivación del posterior nombramiento, sino que, endureciendo el criterio previamente fijado en las anteriores Sentencias de 18 de septiembre de 2015 y 19 de marzo de 2018, obliga también a que se establezca una relación de méritos detallados y la puntuación de cada uno de ellos, así como al nombramiento de un tribunal calificador, no podemos sino concluir que se produce con ello una interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 80.1 y 81.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y 64.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, por lo que entendemos que la Sentencia apelada deber ser revocada.

El cumplimiento de los requisitos de urgencia y provisionalidad quedó acreditado en la instancia. En consonancia con la legislación de aplicación, en la solicitud cursada desde el Área de Turismo para que se procediera a la convocatoria del puesto en cuestión, se insiste en que se trata de un puesto de "vital importancia" para el funcionamiento del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad (folio 1). En idéntico sentido, se emitió en fecha 23



de febrero de 2018, informe por el Jefe de Servicio de Turismo (Documento no 11 de la contestación) en el que se solicitaba que se convocara "a la mayor brevedad" debido al "importante impacto que sus funciones tienen en la promoción del destino Málaga", relacionándose éstas a continuación.

Por otro lado, la convocatoria recurrida (folio 2) especificaba que la provisión del puesto va a ser con carácter provisional, ya que se encontraba en fase de negociación la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento. En el presente momento, no estamos en disposición de saber si la convocatoria cuestionada va a respetar, de facto, el requisito de la provisionalidad apuntado, porque sería tanto como realizar una previsión ad futurum de lo que va a ocurrir. Entendemos que no cabe anular una convocatoria por incumplir un requisito que todavía no ha dado tiempo a que sea infringido, máxime cuando formalmente sí se expresa claramente en la convocatoria cuestionada que la atribución de los puestos va a ser con carácter provisional, por lo que, el requisito exigido aparece cumplimentado por mi mandante.

Así mismo, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, se ha aprobado la Relación de Puestos de Trabajo de su personal, tras culminarse el proceso de elaboración y negociación de la misma, según se mencionaba en nuestra contestación. Se adjunta el citado acuerdo como Documento no 1. Hasta que el citado instrumento ha sido aprobado, mi mandante ha tenido que recurrir al sistema urgente y provisional de la comisión de servicios, con pleno respeto de los requisitos establecidos por la Sentencia de esa digna Sala de fecha 18 de septiembre de 2015.

TERCERO.- A la anterior argumentación opone la parte apelada, en síntesis:

- Frente a la alegada desviación procesal del recurso.

Es reiterada la alusión que hace el Ayuntamiento, en sus contestaciones a las demandas formuladas por el [REDACTED] en casos similares, alegar que lo que se recurre es el mero anuncio de cada puesto de trabajo que se convoca. Afortunadamente, esto no ha sido admitido por el juez de instancia. Lo que se recurre es el contenido de una convocatoria que, como la de autos, vulnera y así lo reconoce el juez, el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública (Art. 23.2 CE).

Admitido, pues, que lo que se recurre es el contenido de la convocatoria -y no el mero anuncio, como persistentemente trata de hacer ver el Ayuntamiento, con ánimo de confundir a los juzgadores de instancia y que ese contenido vulnera el derecho fundamental antes mencionado pues, como ha quedado demostrado, en muchos casos el puesto estaba predeterminado para personas concretas, la vulneración de dicho Derecho Fundamental provocada por las citadas convocatorias llevará a que ésta sea declarada nula de pleno derecho, contraría, pues, al art. 47.1.a) Ley 39/2015.

No hace falta ilustrar a Sus Señorías sobre los efectos de la declaración de nulidad de pleno derecho de la convocatoria, declaración cuya consecuencia lógica es que también lo sean todos aquellos actos posteriores que tengan su origen en un acto nulo de pleno derecho. Así, pues, siendo nula de pleno derecho la convocatoria, lo será igualmente el nombramiento de la persona que haya sido nombrada, porque dicho nombramiento proviene de una convocatoria que incurre en grave infracción del ordenamiento jurídico. Acertadamente el Magistrado sentenciador se refiere a la STC de 19 de mayo de 1997, la cual señaló que el órgano judicial que conoce del recurso "*...sólo puede relegar los aspectos de legalidad ordinaria cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los arts. 14 a 30 CE. Pero (el*





Órgano judicial) no sólo puede sino que debe (y ésta es su función), conocer y pronunciarse acerca de todas las cuestiones que se planteen en la demanda, tanto de hecho como de derecho, relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales invocados, para, previo su enjuiciamiento y fundamentación, adoptar la resolución que estime procedente. Debe actuar, pues, con plena jurisdicción, revisando la actuación administrativa en los términos que establecen los arts. 106,1 y 117,3, sin más limitación que el objeto del recurso que resuelve responda a los derechos protegidos por la vía de la L 62/1978".

Tal como señala la Sentencia que aquí trata de combatir el Ayuntamiento (FJ2 in fine):

" es lógico pensar y extender que de anularse dichas convocatorias se verían afectados los nombramientos en cuestión. Por ello, por aplicación igualmente el principio pro accione se debe rechazar el motivo de inadmisibilidad ad desviación procesal/planteado por el Ayuntamiento de Málaga".

- Los hechos determinantes del supuesto y la disparidad de sentencias aplicadas

Ante la alegación efectuada por el Ayuntamiento para combatir la Sentencia de instancia en el sentido de que hay distintas sentencias contradictorias, hemos de establecer esquemáticamente cuáles son las circunstancias fundamentales debatidas y cómo son analizadas por el juzgador de instancia:

*La figura de la comisión de servicios, prevista en el art. 64 del R.D. 364/1995, de 10 de marzo, es un mecanismo de cobertura provisional y urgente de los puestos de trabajo hasta que se provean los mismos con carácter definitivo. Una provisión definitiva que, conforme a los artículos 78 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público, se ha de llevar a cabo por concurso de méritos. No estaríamos recurriendo el presente puesto de trabajo ni tantos otros como se están recurriendo desde hace ya años si no existiera la torcida intención del Ayuntamiento de Málaga que ha creado un sistema clientelar en el que los puestos se asignan en función de relaciones personales y puras consideraciones subjetivas, vulnerando los principios de igualdad y mérito.

*Así, pues, como decimos, el Ayuntamiento de Málaga realiza convocatorias supuestamente provisionales y urgentes en fraude de Ley, y ya se aportaron a la demanda, habiendo sido acogido por el juzgador de instancia, documentos en los que el propio Ayuntamiento reconoce la utilización generalizada de la figura de la comisión de servicios desde hace más de 15 años y el hecho de que algún funcionario (el Jefe de Servicio de Extinción de Incendios) lleva más de 15 años "provisionalmente" en el cargo. Son estos documentos expedidos por la propia Corporación los que se constituyen en hechos determinantes de que, frente a lo que señaló esa Sala en la Sentencia del caso 1255/2008, nos encontramos en una reiteración en la violación de un derecho fundamental

*Frente a lo señalado por esa Ilma. Sala en la Sentencia de 19 de marzo de 2018, que se apoyaba en la anterior recaída en ya citada del RCA 1255/2008, en el presente caso, como en todos los atinentes a la forma de provisión de puestos que realiza el Ayuntamiento de Málaga, los hechos determinantes no son idénticos, sino diametralmente opuestos, ya que aquel supuesto era realmente un caso singular de utilización de la comisión de servicios para la cobertura urgente de un puesto y que posteriormente sería provisto mediante concurso, que es el sistema normal de provisión de puestos de trabajo.

*Pero, por el contrario, en el caso del Ayuntamiento de Málaga, bajo la excusa de no tener relación de puestos de trabajo (RPT) se pretende hacer creer que las convocatorias son urgentes y excepcionales, cuando está certificado por el propio Ayuntamiento que se



utiliza de modo generalizado y hay funcionarios que, como se ha señalado, llevan muchos más de los dos años que permite el R.D. 364/1995, ocupando un puesto.

* En este sentido, Señorías, debemos señalar que con fecha 29 de noviembre 2018, por fin, se publica en el BOP Málaga una RPT aprobada por el Ayuntamiento de Málaga, documento sine qua non para la Corporación, al parecer, tal como reiteradamente ha querido justificar, para poder respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores. Se adjunta como documento I.

Sin embargo, a pesar de que ya existe esa RPT y de que, en la forma de provisión de los puestos de trabajo, en la mayoría de ellos, el sistema que dicho documento señala es, como no podía ser de otro modo, CONCURSO DE MÉRITOS (siglas CM), aun después de esa publicación, el Ayuntamiento sigue realizando convocatorias de puestos cuya provisión no se hace mediante concurso de méritos sino mediante meras "propuestas". Se adjuntan (Docs. 2 a 5) tanto convocatorias posteriores a dicha fecha 29 de noviembre 2018 como las respectivas propuestas meramente subjetivas de los supuestos méritos que tienen que cumplir los candidatos, pero sin puntuación detallada de cada uno de ellos como exige un concurso.

No cabe, a criterio de esta parte, mayor muestra de la absoluta falta de voluntad del Ayuntamiento de Málaga de impedir la libre y objetiva concurrencia de sus trabajadores a procesos objetivos, neutrales y transparentes de provisión de puestos de trabajo.

*La Sentencia de 19 de marzo de 2018 de esa Sala, apoyada en la anterior recaída en el RCA 1255/2008, con el máximo respeto pero ejerciendo el derecho de esta parte a defender no ya el interés particular de promocionar en la carrera profesional, sino el de cualquier otro empleado municipal a competir en condiciones de igualdad sin tener que acudir a consideraciones subjetivas, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

La Sala Tercera del Alto Tribunal, siguiendo el criterio del Fiscal, inadmitió dicho recurso basado en cuestiones puramente procesales, por lo que dejó imprejuizada la pretensión de esta parte de que se dejase sin efecto una doctrina, la sentada por esa Ilma. Sala de Málaga en la Sentencia de 19 de marzo, que, de consolidarse, habilitaría a cualquier Administración de su ámbito jurisdiccional, a realizar convocatorias supuestamente urgentes y provisionales en favor de personas concretas, vulnerando así los principios de igualdad y mérito. Es por este motivo por el que se tiene instado el incidente de nulidad de actuaciones contra dicha sentencia de 19 de marzo de 2018 a efectos de su posterior recurso de amparo.

*En el presente supuesto, afortunadamente, el Juez sentenciador, estima el recurso presentado contra las dos convocatorias -no contra los dos meros anuncios- y ordenó al Ayuntamiento "realizar nuevos actos de convocatoria de los puestos citados de jefe de negociado mediante concurso de méritos".

Es, por tanto, Señorías, frente a cualquier otro intento de confundir al juzgado o cualquier otra consideración, el respeto de los derechos fundamentales, aun un caso de pretendida que no real urgente y provisional necesidad de la autoorganización administrativa, el que debe prevalecer en la actuación de una Administración Pública en defensa del interés general.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal informa:

- La emisión al Fundamento Quinto realizado en el fallo de la sentencia debe entenderse hecho al Fundamento Cuarto en su último párrafo, que señala "...debiendo el Ayuntamiento de Málaga realizar nuevo acto de convocatoria del citado puesto de Jefe de





Grupo mediante concurso de méritos, en el que de forma urgente provisional se publicite en debidamente dichos puestos detallando los requisitos que han de presentar los posibles aspirantes, los méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo; y el nombramiento de un tribunal calificador para la provisión de los mismos".

-El Antecedente Primero de la sentencia recoge las pretensiones del demandante, quien en su escrito de formalización de la demanda, interesó la anulación del nombramiento de la persona designada para el puesto de trabajo que venía impugnada por considerar la convocatoria de origen nula de pleno derecho; la anulación de la convocatoria recurrida por estimarla nula de pleno derecho; la obligación del Ayuntamiento de realizar una nueva convocatoria del citado puesto mediante concurso de méritos aun urgente provisional, con detalle de los requisitos de los posibles aspirantes, méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con los puestos de trabajo y nombramiento de un tribunal calificador para los mismos.

-El Ministerio Fiscal emitió informe en este procedimiento el 5-6-2018 en el que concluyó, en base a lo establecido en la Sentencia de 18 de septiembre de 2015, que se bien la convocatoria recurrida cumplía la exigencia de publicidad, no ocurría lo mismo con el requisito habilitante relativo a la necesidad objetiva y urgente de proceder a la provisión mediante la comisión de servicio por lo que en consecuencia se interesó la estimación de la pretensión ejercitada.

-Igualmente el Ministerio Fiscal emitió informe en fecha 3-4-2018 en la pieza separada de medidas cautelares nº 44.1/18 de este juzgado, reiterando y manteniendo dicho informe en el sentido de considerar que el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra el anuncio de provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino fue resuelto expresamente por el Ayuntamiento mediante Decreto dictado el 20-12-27, notificada al demandante el 21-12-17, desestimando la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado.

-El Ayuntamiento de Málaga interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en este procedimiento, alegando en esencia que:

*Existe error al afirmarse en el fallo de la sentencia la disconformidad a derecho de la desestimación presunta del recurso de reposición frente a la previa impugnación, pues consta en la documental aportada en la pieza separada de medidas cautelares que dicho recurso se resolvió expresamente en sentido desestimatorio, sin que contra dicho decreto se interpusiera recurso alguno.

*Error en la aplicación de la jurisprudencia del TS sobre la desviación procesal

*Error en la aplicación de los artículos 14 y 23.2 de la CE.

*Error en la aplicación de los artículos 80.1, 81.3 y D.F.4º del R.D.Legislativo 5/2015 y 64.1 del RD 364/1995.

- Pide sentencia que, de conformidad con su informe de 5-6-2018, mantenga el pronunciamiento principal relativo a la nulidad de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 27-11-2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad, pero anule los demás pronunciamientos de la misma en la medida en que consideramos que no existió desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por el demandante; que no puede acordarse la nulidad del posible nombramiento que devino de aquella convocatoria al no poder afectar esta resolución a tercero que no ha tenido intervención en este procedimiento; que la nulidad de la convocatoria no puede conllevar de suyo la



imposición al Ayuntamiento de la pretensión del demandante de obligar al ente municipal a utilizar una concreta fórmula para la provisión del puesto en cuestión, cuestión esta que excede del ámbito de este procedimiento.

QUINTO.- En la sentencia apelada es fundamentado el fallo, tras exponer las alegaciones de ambas partes, contiene la siguiente fundamentación:

“SEGUNDO.- Una vez expuestas sucintamente las líneas maestras de los escritos de las hoy litigantes, por pura lógica procesal procede resolver sobre la cuestión formal de inadmisibilidad apuntada en el escrito de contestación del Ayuntamiento de Málaga. Planteaba la administración recurrida el recurso era inadmisibile, al menos parcialmente, por cuanto que se interpelaba actividad administrativa consistente en la resolución que desestimó recurso de reposición frente a dos convocatorias muy concretas y determinadas (las señaladas en los hechos de esta resolución) para, ya en el escrito rector interpelarlo nombramiento de las personas elegidas para dichos puestos de jefes de negociado.

En cuanto a a la posible desviación procesal, fijada como hito procedimental entre lo que fue el objeto de recurso en el escrito de interposición y en el posterior escrito de demanda, es menester no olvidar la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial menor. En este sentido es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (a.e. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2008 y 16 de junio de 2004, entre otras) recuerda que el carácter revisor de esta Jurisdicción impide que puedan plantearse ante ella cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido previamente planteadas en vía administrativa. Precisamente por ello resulta exigible la congruencia entre el acto administrativo impugnado y la pretensión deducida en el proceso administrativo, dado el mencionado carácter revisor de la actuación administrativa que a este Jurisdicción le confiere el artículo 106.1 de la Constitución, no pudiendo, por tanto, ser objeto de modificación la pretensión deducida en vía administrativa una vez se reclame judicialmente, introduciendo cuestiones nuevas sobre las que la Administración no ha podido pronunciarse. En definitiva, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1989, toda vez que la Jurisdicción contenciosa parte del presupuesto de una perfecta conjunción entre lo planteado en dicha vía administrativa y lo trasladado a la vía procesal mediante el escrito de interposición del contencioso -que es el que acota los términos en que podrá moverse el juzgador- no podrán ser objeto de resolución cuestiones distintas de las ventiladas en vía administrativa en vía judicial, de forma que el escrito de interposición del recurso jurisdiccional o demanda en su caso (como en el presente) pueda ejercer las funciones que le vienen atribuidas en la Jurisdicción Civil, en tanto se aparte de la necesaria consunción de los términos del debate antes citada.

Con esta base jurisprudencial, y tomando como punto de partida lo indicado por el Ministerio Fiscal en su informe unido autos, y sobre todo a la vista de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 19 de julio de 2018 que, aun cuando ciertamente el recurrente y diga lo que diga lo que impugnó fue la resolución que desestimó su recurso de reposición presentado frente a la dos previas convocatorias de dos y 9 de octubre ambas de 2017 para la provisión de dichos puestos de jefe de negociado, es lógico pensar y extender que de anularse dichas convocatorias se verían afectados los nombramientos en cuestión. Por ello, por aplicación igualmente el principio pro accione se debe rechazar el motivo de inadmisibilidad desviación procesal planteado por el





Ayuntamiento de Málaga.

TERCERO.- Ya entrando en el fondo del asunto y como recuerda la jurisprudencia recaída en la aplicación de la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, sustancialmente aplicable al procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título V de la LJCA, este procedimiento especial aparece limitado a la determinación de si un acto administrativo concreto vulnera o no alguno o algunos de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución. La causa de tal limitación radica en el sistema de valores que nuestro Texto Fundamental incorpora, en su artículo 10, como basamento del orden político y de la paz social.

Por ello, dada su trascendencia, la Constitución (artículo 53.2) concede una protección especial a los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 al 29); cuya tutela específica se realiza ante los Tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del artículo 14 y a la objeción de conciencia del artículo 30, a través de este proceso, basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ahí que este proceso sólo es cauce adecuado para tramitar pretensiones circunscritas al conjunto de derechos y libertades a que se ha hecho referencia, estando vedado el enjuiciamiento de cualquier otro derecho constitucional que no esté expresamente recogido en los preceptos mencionados, o de cuestiones directamente relacionadas con la aplicación de la legalidad ordinaria, de tal modo que, tanto en uno como en otro caso, lo procedente será declarar la inidoneidad de la vía procedimental utilizada.

Abundando en este último extremo, la jurisprudencia (entre otras muchas, en Sentencias del Tribunal Supremo de 14 agosto 1979, 21 abril y 3 julio 1980) viene apuntando que este procedimiento especial no supone ni requiere para su adecuado tratamiento y funcionalidad (so pena de un innecesario y, a veces, abuso fraudulento de su cauce y finalidad concretos) el estudio y análisis pleno de la finalidad ordinaria jurídico-administrativa del acuerdo impugnado, habiéndose dicho, con fórmula que hizo fortuna, que "...se rebasa la esencia y finalidad propias del procedimiento especial cuando para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado, se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico" (Sentencias de 14 de mayo de 1985, 12 de junio, 4 de octubre, 6 y 21 de noviembre y 19 de diciembre de 1984, entre otras).

Más matizadamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 2ª, de 19 de mayo de 1997, señaló que el órgano judicial que conoce del recurso "...sólo puede relegar los aspectos de legalidad ordinaria cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los arts. 14 a 30 CE. Pero (el Órgano judicial) no sólo puede sino que debe (y ésta es su función), conocer y pronunciarse acerca de todas las cuestiones que se planteen en la demanda, tanto de hecho como de derecho, relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales invocados, para, previo su enjuiciamiento y fundamentación, adoptar la resolución que estime procedente. Debe actuar, pues, con plena jurisdicción, revisando la actuación administrativa en los términos que establecen los arts. 106,1 y 117,3, sin más limitación que el objeto del recurso que resuelve responda a los derechos protegidos por la vía de la L 62/1978".

La doctrina en esta materia se encuentra expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2007, rec. 791/2007 [REDACTED], en su



Fundamento de Derecho Primero, cuando postula que: "Es conocida la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional que mantienen la conformidad con la Constitución Española de la previsión contenida actualmente en el artículo 117.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra un acto administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por inadecuación de procedimiento. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1982, sostiene el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través del citado procedimiento especial, recordando la doctrina de este Tribunal Supremo, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, en el sentido de que tal garantía contencioso-administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, y que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su repercusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario. Añade el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia que esta limitación da lugar a que sea inadecuado tal procedimiento para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución, lo que determina que no pueda admitirse, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental. Recuerda el Tribunal Constitucional que el proceso especial, entre otras ventajas de procedimiento comporta un régimen excepcional de suspensión del acto impugnado, cuyo disfrute no puede, en modo alguno, dejarse al arbitrio del recurrente. Igualmente sostiene que la consecuencia a que debe llegarse es la de que la viabilidad del proceso especial debe ser examinada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, partiendo de la facultad que les corresponde, con carácter más destacado en un proceso tan ligado al interés público, de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo especial de proceso. Finalmente, sostiene que cuando el recurrente en vía contencioso-administrativa acude al procedimiento especial, apartándose de modo manifiesto, claro e irrazonado, de la vía ordinaria, por sostener que existe una lesión de derechos fundamentales, cuando «prima facie», pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser la inadmisión del recurso". Dicha Sentencia se dicta, precisamente, en un caso de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona, pero su doctrina establece la verdadera esencia de este proceso, lo que resulta oportuno tener en cuenta a la hora de abordar el examen de los motivos de impugnación planteados por las partes.

CUARTO.- Retornando nuevamente al supuesto aquí litigioso, este jugador considera que sus conclusiones alcanzadas en la sentencia dictada por quien aquí resuelve durante la sustitución llevada a cabo en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 en su PA 10/2017 podrían haber sido aplicables al presente supuesto, pues considera que sese sujetó estrictamente a criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en esta materia dictada el 18 de septiembre de 2015 que fue la que marcó la senda a seguir por la Administración municipal. Más aún lo anterior a la vista de las razones y considerandos contenidos en la Sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga en fecha 19 de marzo de 2018 sobre un



supuesto más que parecido al que nos ocupa y en la que se estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga frente a previa sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Málaga. En esta resolución y por la ilustre y prestigiosa Sala, se consideró correcto el anuncio para la provisión del puesto de trabajo allí discutido (Jefe de Sección Económico Administrativo del área de Participación Ciudadana, Inmigración y cooperación al Desarrollo) y cumplidos por la Administración los requisitos que venían marcados desde la Sentencia de 18 de septiembre de 2015; resolución de apelación que podría dar suficiente cobertura jurídica a la decisión alcanzada por este humilde juez en aquellas actuaciones de PA 10/2017.

Por otra parte, y ante los documentos presentados por el actor con su escrito de demanda y en concreto el nº 4 de los allí presentados consistente en escrito de interposición de recurso de apelación, este jugador no necesitaba que el actor le recordase la acusación ya lanzada por el propio recurrente, en su condición de Letrado y hacia este juzgador, tildando a quien aquí resuelve como prevaricador conforme artículo 446.3 del CP. Sin embargo dicha imputación no ha venido acompañada, por lo menos hasta el día de la fecha, por la presentación de querrela en debida forma por [REDACTED] con lo que, además afear enormemente la consideraciones jurídicas del recurso de apelación allí interpuesto, sólo servían para demostrar un bravata impropia de una persona conocedora de nuestro ordenamiento jurídico, cuanto menos de derecho penal, del tipo imputado y jurisprudencia de la Sala II sobre dicho delito.

Pero este jugador, con la objetividad, imparcialidad y honradez que rige su carrera desde su inicio y sin dejarse arrastrar por las infundadas e inopinadas provocaciones del recurrente, no puede desconocer en su caso que la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, ha dictado sentencia el 19 de julio de 2018 en un supuesto también más que parecido al que nos ocupa, estimando el recurso de apelación interpuesto por el actor frente al nombramiento para cubrir, mediante sistema de comisiones servicio varios puestos de jefe de negociado, anulando tanto las convocatorias como los nombramientos consecuencia de ellos. Al haber aportado el actor dicha resolución de apelación, siendo parte en aquellas actuaciones igualmente el Ayuntamiento de Málaga, y para evitar redundantes transcripciones ante la acumulación de sentencias presentadas por ambas partes en este procedimiento, se da aquí por reproducida dicha resolución presentada por el actor el 27 de septiembre de 2018.

Con tal estado de cosas, considerando quien aquí resuelve que la sala ha presentado un criterio dispar en su pronunciamientos sobre esta cuestión, pero teniendo en cuenta la mayor proximidad cronológica del sentido y pronunciamiento alcanzado de la segunda sentencia frente la primera de las indicada en este fundamento, se considera que se ha vulnerado el derecho fundamental al artículo 14 así como el 23.2 ambos de la CE y por tanto, siguiendo la línea marcada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga 19 de julio de 2018, estimar el recurso debiendo declararse la nulidad tanto de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 27 de de noviembre 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad; la disconformidad a derecho de la desestimación presunta del recurso de reposición frente a la previa impugnación; así como procede declarar la nulidad del nombramiento que devino de aquella previa convocatoria, debiendo el



Ayuntamiento de Málaga realizar nuevo acto de convocatoria del citado puesto de jefe de Grupo mediante concurso de méritos, en el que aún de forma urgente provisional se publica en debidamente dichos puestos detallando los requisitos que han de presentarlos posibles aspirantes, los méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo; y el nombramiento de un tribunal calificador para la provisión de los mismos”.

SEXTO.- Como antes quedó dicho el antecedente 1º de la sentencia apelada refiere las resoluciones a que se remite el fallo “ *contra la desestimación presunta y por el Ayuntamiento de Málaga de recurso de reposición presentado por el actor frente a convocatoria por el portal interno municipal de fecha 27 de noviembre de 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la ciudad.*”.

En esos términos, el objeto de recurso que señala la sentencia coincide con el identificado en el escrito de interposición de recurso, fechado a 3 febrero 2018, en el que se dice que habiéndose presentado recurso de reposición el 11/12/17 contra la publicación el 27/11/17 en el portal interno del Ayuntamiento para la provisión del puesto de Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad, ha pasado el plazo para resolver .

Sin embargo, si ese era el objeto de recurso al iniciarse la litis, no siendo el mismo ningún acto administrativo sino una mera técnica que posibilita el acceso a la vía judicial, dejó de serlo al ser dictado acto expreso resolviendo el recurso de reposición.

Como documento nº 1 de la contestación del Ayuntamiento, es aportada copia de Decreto de 20/12/17 que resuelve conjuntamente cuatro recursos de reposición, entre ellos, como nº 4 en el que nos ocupa, expresamente reseñado en el encabezamiento del Decreto, refiriéndose al mismo expresamente el Considerando II y el Considerando IV, aunque luego en el apartado “resuelvo” , por evidente error dado que el mismo también refiere “de acuerdo con lo establecido en los fundamentos de derecho”, expresamente no se refiere al puesto que nos ocupa. El Decreto consta la notificación al recurrente el 21/12/17 (folio 161 de los autos), sin que conste pidiera rectificación del error ni que el mismo haya sido impugnado.

Por lo tanto a la fecha de interposición del recurso (escrito fechado a 3/02/18 y presentado en los Juzgados el siguiente día 7) ya existía acto expreso y no consta fuera impugnado.

La sentencia apelada no analiza la cuestión de inadmisibilidad del recurso opuesta por el Ayuntamiento por la existencia de acto expreso no impugnado, incurriendo así en incongruencia omisiva, por lo que debe ser revocada.

SÉPTIMO.- Al hilo de lo expuesto en el fundamento precedente, y entrando esta Sala a conocer de la cuestión de inadmisibilidad omitida por el Juzgado a quo, como dice, entre otras la *STS del 15 de junio de 2015, Recurso: 1762/201”..por el principio dispositivo, que individualiza el acto o disposición que se impugna. Su primer efecto es el de delimitar el objeto del proceso, que no podrá alterarse ya en el escrito de demanda salvo la posibilidad de ampliación prevista en el artículo 36 LRJCA [Sentencias de 11 de marzo de 1999 (Casación 1189/1993) y de 9 de junio de 1999 (Casación 3596/1993)]”.* Sentencia que también recuerda, como antes quedó apuntado, que “*en el silencio administrativo negativo no puede hablarse, en puridad de principios, de verdadero acto administrativo.*”





A.- El silencio administrativo negativo en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA, en adelante). La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene un origen y una funcionalidad muy concretos, estrechamente ligados a la singular configuración técnica del recurso Contencioso-Administrativo como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legalidad es objeto de revisión a posteriori. Esto es, si la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede conocer sino de recursos interpuestos contra actos previamente dictados por los órganos de la Administración, la falta de respuesta de ésta a una petición a ella dirigida privaba al peticionario de la posibilidad de solicitar de un Tribunal Contencioso la pertinente «garantía judicial» por inexistencia de acto administrativo que recurrir por lo que, para evitar esta potencial situación de indefensión del interesado, la Ley presume que, transcurrido un determinado plazo desde que se ha formulado una solicitud sin obtener respuesta expresa sobre la misma, aquélla ha quedado desestimada.

Sobre este modelo, la técnica del silencio negativo se introduce en España por los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal Republicana de 1935 y, más tarde, por la Ley de 18 mar. 1944, a propósito del recurso de agravios (en materia de personal). Esta regulación parcial y limitada no se generaliza hasta la promulgación de la LJCA de 1956 que estableció en su artículo 38 un régimen general y uniforme para todos los ámbitos administrativos, régimen luego retocado levemente por Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (art. 94). (...)

Este carácter o condición-ficción legal y no acto administrativo, que igualmente fue corroborado por el Tribunal Constitucional (STC de 21 ene. 1986; 21 dic. 1987 ó 3 abr. 1995), quedaba rigurosamente explícito en la Exposición de Motivos de la antigua LJCA de 1956 cuando decía: «La Ley instituye un régimen general de silencio administrativo mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación.»

b) En tanto que propiamente no existía «acto administrativo», la no impugnación de la desestimación presunta en plazo no podía determinar la existencia de un «acto consentido y firme» que cerrara al particular o interesado el acceso al proceso (STS de 22 dic. 1988; 16 mar. 1992 y STS de 18 mar. 1995) esto es, la aplicación del art. 40. a) de la LJCA de 1956 (Cfr. SSTC 21 de diciembre de 1987 y de 3 abr. 1995). (...)

Añade la sentencia referida que caso de iniciarse vía judicial contra acto presunto es resuelto en vía administrativa de forma expresa en el mismo sentido negativo que dio origen a la interposición del recurso no será necesaria la petición expresa de ampliación del recurso a la misma. En palabras de la sentencia "El artículo 36.1 LJCA utiliza el término "podrá" que empleaba el artículo 46 de la Ley de lo contencioso de 27 de diciembre de 1956, dándole el sentido de que la ampliación del recurso no es necesaria como ha entendido la jurisprudencia de esta Sala salvo en los casos en los que el acuerdo tardío y expreso modifique el presumido por silencio; en esos casos la ampliación sí es una carga de la parte recurrente, como ha recordado la Sentencia de 27 de febrero de 1997 (Apelación 10636/1991), con cita de una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 98/1988, de 31 de mayo, FJ 5) Pero, conforme a los más recientes pronunciamientos, hay que entender que la ampliación del recurso es facultativa y no necesaria cuando la pretensión mantiene su virtualidad impugnatoria a pesar de la resolución tardía. En ese caso puede entender legítimamente el recurrente que la



resolución tardía no afecta al objeto esencial de su recurso [(así STC 231/2001, de 26 de noviembre ; en parecido sentido Sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 2009 (Casación 1887/2007))]”.

Por consiguiente, dado que al caso de auto no es que la Administración haya resuelto expresamente una vez iniciados los presentes autos, sino que los mismos son incoados ante escrito de interposición donde se identifica el objeto de recurso como un acto presunto, que en realidad ya no existía, al haber dictado y notificado al interesado resolución expresa, no es posible la ampliación tácita del recurso a la resolución expresa, sino que simplemente se ha utilizado la técnica de recurrir un acto presunto cuando se debió recurrir el acto expreso por lo que procede la inadmisibilidad del recurso ex art. 69 LJ, al interponerse contra actuación inexistente.

OCTAVO.-La estimación del recurso de apelación implica que no proceda la imposición de costas de esta segunda instancia (art. 139.2 Ley 29/98), y, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo implica la imposición de las costas a la parte recurrente (art. 139.1 Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/2011).

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Estimar el presente recurso de apelación promovido en nombre del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, contra la sentencia n° 394/18, de 8 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SEIS de Málaga, en autos de Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, num. 83/2018, que revocamos.

SEGUNDO.- Inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED]

TERCERO.- Sin imponer el pago de costas de esta segunda instancia, e imponer el pago de las costas de la primera instancia a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.





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 pronunciarnos, mandamos y firmamos los Magistrados antes mencionados, excepto el Ilmo. Sr. Magistrado D.FERNANDO DE LA TORRE DEZA que votó en Sala y no pudo firmar.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



