



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

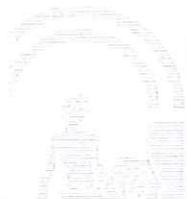
SENTENCIA N° 134/2020

En la ciudad de Málaga, a 13 de marzo de 2020.

Visto por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. CINCO de Málaga y Provincia, Ilmo. Sr. Dr. D. LORENZO PÉREZ CONEJO, el recurso contencioso-administrativo tramitado como Procedimiento Especial de protección de los derechos fundamentales de la persona nº 764/2019, interpuesto por [REDACTED] representado y asistido por sí mismo, contra la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 7 de agosto de 2019, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto el día 25 de julio de 2019 contra la convocatoria del puesto de Secretario/a del Área de Recursos Humanos y Calidad por el sistema de provisión mediante libre designación, publicada en el portal interno municipal mediante anuncio de fecha 28 de junio de 2019, representada la Administración Municipal demandada por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistida por la Letrada Municipal Sra. Almagro Martín-Lomeña, siendo la cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo fue interpuesto el día 27 de agosto de 2019, siendo remitido a este Juzgado por el Decanato en registro y reparto realizado el día 3 de septiembre de 2019.





SEGUNDO.- Por Providencia de 20 de septiembre de 2019 se admite a trámite y se acuerda su tramitación conforme al Procedimiento Especial, requiriéndose a la Administración demandada para el envío del expediente administrativo en el plazo máximo de cinco días, concediéndose mediante Providencia de 8 de octubre de 2019 el plazo improrrogable de ocho días para formalizar la demanda y mediante Providencia de 15 de noviembre de 2019 el mismo plazo a la Administración Municipal demandada para contestar la demanda, así como mediante Providencia de 10 de diciembre de 2019 se ha otorgado similar plazo al Ministerio Fiscal en el que se ha dado cumplimiento a dicho trámite procesal, quedando los autos para dictar la resolución que proceda mediante Diligencia de Ordenación de 16 de diciembre de 2019.

TERCERO.- Mediante Providencia de 31 de enero de 2020 se concede traslado a la parte actora y al Ministerio Público para que aleguen en el plazo de cinco días lo que estimen conveniente sobre la cuestión previa de inadmisibilidad del recurso por <<desviación procesal>> planteada por la Administración Municipal demandada en la contestación a la demanda, con suspensión del término para dictar sentencia, lo que tiene lugar, levantándose la suspensión acordada por Providencia de 25 de febrero de 2020, quedando los autos una vez adquirida firmeza la misma conclusos para dictar sentencia.





CUARTO.- En la tramitación de este recurso contencioso-administrativo se ha dado cumplimiento a todas y cada una de las prescripciones normativas generales y particulares de procedente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se promueve por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los arts. 114-122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, contra la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de 7 de agosto de 2019, R. de S. nº 5936, de 12 de agosto de 2019, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto el día 25 de julio de 2019 contra la convocatoria del puesto de Secretario/a del Área de Recursos Humanos y Calidad por el sistema de provisión mediante libre designación, publicada en el portal interno municipal mediante anuncio de fecha 28 de junio de 2019, entendiendo la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso jurisdiccional que dicho acto administrativo vulnera los derechos fundamentales de acceso en condiciones de igualdad a la función pública proclamados en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución Española, en su modalidad de promoción en la carrera profesional, al reputar que el mismo ampara el derecho a un procedimiento selectivo que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que insta el dictado de sentencia por la que se declare contraria





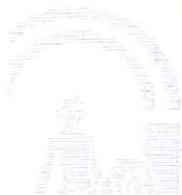
a Derecho la citada convocatoria, con costas a la Administración demandada.

La Procuradora de la Corporación Municipal recurrida, en la representación que ostenta de la Administración Local demandada, a través de su dirección letrada, interesa el dictado de sentencia por la que se inadmita el recurso o, en su caso, se desestime la demanda al no vulnerarse derecho fundamental alguno por la actuación administrativa impugnada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal entiende que la conducta imputada no es contraria a lo dispuesto en la Constitución, informando a favor de la desestimación de la pretensión ejercida en la demanda, al no vulnerarse los derechos fundamentales previstos en sus arts. 14 y 23.2.

SEGUNDO.- Ante la causa de inadmisibilidad aducida por la parte demandada por incurrir en <<desviación procesal>> y que la misma determina la inadmisión del recurso jurisdiccional (“ex” art. 69.c) de la LJCA), procede dilucidar la misma como tratamiento prioritario en cuanto al orden de pronunciamientos de la presente Resolución.

Se aduce por la Administración Municipal demandada la causa de inadmisibilidad por <<desviación procesal>> con relación al art. 69.c) de la LJCA, sobre la base de que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que debería ventilarse en





un procedimiento ordinario y no en un procedimiento especial como el que nos ocupa y que en la demanda se plantea la vulneración no sólo del art. 23.2 CE sino también del art. 35.1.i) de la Ley 39/2015, en relación con la motivación, siendo esta igualmente una cuestión de legalidad ordinaria ajena a este procedimiento.

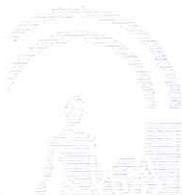
Con base en el art. 56.1 de la LJCA se permite alegar cuantos motivos o fundamentos jurídicos procedan, diferentes incluso a los expuestos en el procedimiento administrativo, pero se produce una “desviación procesal” cuando tiene lugar una discordancia objetiva entre lo pedido o planteado en vía gubernativa y lo solicitado en sede jurisdiccional (STS de 25 de junio de 1992 y STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2002), debiendo existir incluso una concordancia obligada entre los escritos de interposición del recurso contencioso-administrativo y el de demanda, puesto que el primero, “al concretar los actos administrativos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso” (SSTS de 22 de enero de 1994 y de 13 de marzo de 1999, STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002 y STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2003), postulando la doctrina jurisprudencial que concurre “desviación procesal” cuando entre el escrito de interposición del recurso y el de demanda existe una divergencia sustancial, no pudiendo examinar los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción





Contencioso-Administrativa las pretensiones que no habiéndose formulado antes en vía gubernativa, se deduzcan por vez primera en la demanda, manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no se pueden solicitar en sede judicial pretensiones ajenas a los actos administrativos respecto de los cuales se interpuso el recurso contencioso-administrativo, sin que se pueda plantear en vía judicial nuevas cuestiones sino únicamente nuevas motivaciones (SSTS de 25 de abril y de 25 de junio de 1984).

Así pues, solicitar pronunciamientos que vayan más allá del objeto del recurso o plantear cuestiones no alegadas en vía administrativa supone una <<desviación procesal>>, sin que quepa entrar a resolver sobre las mismas, puesto que si bien es cierto que los arts. 33.1 y 56.1 de la LJCA autorizan la alegación de cuantos motivos se tengan por convenientes, se hayan utilizado o no en sede administrativa, esos motivos, no obstante, han de estar relacionados, íntimamente ligados, con lo que en dicha vía se alegó, no resultando posible plantear cuestiones distintas de las previamente invocadas y sobre las que se pronunció las resoluciones que se recurran. La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que mientras aquellos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única

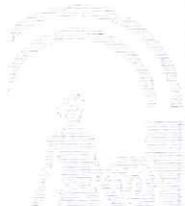




pretensión ejercitada (STC 150/2005, de 20 de junio, STS de 20 de julio de 2012, F. J. 3º y STSJ de Andalucía de 29 de julio de 2009).

Pues bien, en el supuesto de autos se alega por la Administración Municipal demandada una discordancia, por un lado, al versar la cuestión litigiosa sobre una mera cuestión de legalidad ordinaria, lo que en todo caso constituiría un alegato relativo a la inadecuación de procedimiento que encuentra su cobertura normativa en el art. 117.2 de la LJCA y, por otro, al plantearse por primera vez en la demanda la vulneración no sólo del art. 23.2 CE sino también del art. 35.1.i) de la Ley 39/2015, en relación con la motivación, si bien la pretensión contenida en la misma trae causa de la petición formulada en el escrito de interposición del recurso en cuanto a la declaración como contraria a Derecho de la convocatoria publicada para la provisión del puesto de Secretario/a del Área de Recursos Humanos y Calidad del Excmo. Ayuntamiento de Málaga por el sistema de provisión mediante libre designación, publicada en el portal interno municipal mediante anuncio de fecha 28 de junio de 2019, por lo que no se trata de una pretensión ajena al acto administrativo inicialmente recurrido, por lo que procede rechazar la causa de inadmisibilidad aducida.

TERCERO.- “Prima facie”, el procedimiento escogido por la parte actora para impetrar tutela judicial está limitado a que la infracción del ordenamiento jurídico reprochada suponga, a su





vez, una violación de un derecho fundamental susceptible de amparo ("ex" artículo 121.2 de la LJCA), pudiendo ocurrir que el acto impugnado sea ilegal, pero que no vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo en cuyo caso no prosperaría dicho procedimiento sumario y preferente, que tiene como contrapartida la limitación de los motivos de impugnación, ya que solo pueden prosperar si se aduce y acredita la existencia de una vulneración de tal carácter.

La doctrina en esta materia se encuentra expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de marzo de 2007, rec. 791/2007 (Ponente: Excmo. Sr. Díaz Delgado), 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 procedi-





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

miento 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.

CUARTO.- El apartado 2º del art. 115 de la Ley Jurisdiccional dispone que 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, resultando que en el presente caso se interpone recurso de amparo judicial de derechos fundamentales, por considerar que la resolución recurrida vulnera el derecho fundamental a la participación y acceso en los asuntos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española al confirmar el anuncio y contenido de la convocatoria del puesto de Secretario/a del Área de Recursos Humanos y Calidad por el sistema de provisión mediante libre designación, publicada en el portal interno municipal mediante anuncio de fecha 28 de junio de 2019.





Por lo que respecta al derecho fundamental cuya violación se alega, el art. 23 de la "Norma normarum" dispone que: 1.- Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2.- Asimismo, tienen el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes.

QUINTO.- En el presente caso, la resolución impugnada encuentra cobertura en la Relación de Puestos de Trabajo del Excmo. Ayuntamiento de Málaga aprobada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de octubre de 2018, publicada en el BOP nº 230, de 29 de noviembre de 2018 (doc. nº 1 de la contestación a la demanda), tratándose de la provisión de un puesto singularizado por el sistema de libre designación, de estructura orgánica municipal, motivándose en la RPT los puestos que por su nivel de máxima responsabilidad y/o confianza especial su forma de provisión debe ser por el sistema de libre designación (LD), y no el concurso de méritos (CM), entre los que se citan expresamente a los Secretarios/as de Dirección (código PS11).

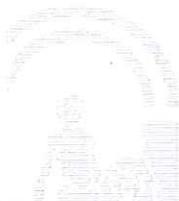
Además, dicho puesto ha sido proveído conforme al procedimiento legalmente establecido, habiéndose iniciado con la publicación del Anuncio de la convocatoria en el que se





especifican las características de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en la RPT (folio 1 del expediente administrativo), habiéndose permitido que todos los empleados municipales pudieran optar al mismo mediante la presentación de las oportunas solicitudes (folio 2 del expediente), en condiciones de igualdad, habiendo tenido lugar la propuesta de nombramiento por la Dirección General de Recursos Humanos y Calidad en fecha 23 de julio de 2019 en la persona de [REDACTED] [REDACTED] (folios 3 y 4 del expediente), sobre la base de que, además de cumplir con los requisitos exigidos en la convocatoria, es la "confianza" la razón que ha determinado que en la RPT la forma de provisión del puesto de Secretario/a de Dirección sea por libre designación, y no por el sistema de concurso de méritos, que rige como sistema ordinario de provisión para los restantes puestos singularizados, siendo finalmente nombrada la [REDACTED] por resolución de la Concejalía Delegada de Recursos Humanos y Calidad de 26 de julio de 2019.

SEXTO.- Contra la convocatoria de 28 de junio de 2019, el recurrente interpone recurso de reposición el día 23 de julio de 2019, en el que alega que no constan en la misma los méritos que se van a tener en cuenta (folio 11 del expediente), cuando resulta que como el mismo indica se trata de una provisión por el sistema de libre designación conforme a la RPT publicada en el BOP de 29 de noviembre de 2018, aduciendo asimismo la falta de motivación cuando resulta que en esa fecha tuvo lugar





casualmente la propuesta de nombramiento, por lo que dicho alegato se hizo con anterioridad ("ex ante") de haberse dictado la resolución acordando el nombramiento de la candidata propuesta que tuvo lugar el día 26 de julio de 2019, siendo desestimado dicho recurso administrativo en fecha 7 de agosto de 2019, contra la cual constituye el objeto del presente procedimiento especial.

Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, que 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 funcionarial 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).

SÉPTIMO.- Más concretamente, en el caso concreto que nos ocupa y preocupa, la propia RPT aprobada por el Ayuntamiento demandado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de

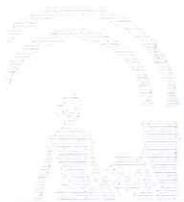




19 de octubre de 2018, publicada en el BOP nº 230, de 29 de noviembre de 2018, prevé como sistema de provisión del puesto de Secretario/a de Dirección (código PS11) el sistema de libre designación (LD) y no el concurso de méritos (CM).

Precisamente, según el Tribunal Supremo, las RPT se introducen en el ordenamiento de la función pública como medida de racionalización de la misma, como instrumento técnico mediante el que la Administración Pública racionaliza y ordena las plantillas de personal determinando sus efectivos de acuerdo con las necesidades de los servicios, constituyendo un mecanismo básico de la organización administrativa, puesto que al elaborarlas y modificarlas, la Administración en el ejercicio de la potestad de autoorganización que tiene encomendada diseña el esquema de su propia estructura interna, como cauce para el cumplimiento de la finalidad pública que representa.

OCTAVO.- A este respecto, el Decreto andaluz 390/1986, de 10 de diciembre, al regular la elaboración y aplicación de la RPT, establece que "El procedimiento de concurso debe ser el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, reservándose el de libre designación para puestos expresamente calificados de confianza o asesoramiento, con nivel de complemento de destino comprendido entre el nivel 26 y 30 y, excepcionalmente, supuestos debidamente justificados para los puestos de nivel inferior al vértice".





De esta manera, pues, el sistema de provisión de libre designación presenta los siguientes caracteres: tiene naturaleza excepcional en la medida en que se contempla que el método normal de provisión de puestos de trabajo es el concurso; aplicándose a determinados supuestos en atención a las funciones a desempeñar; entrando tan sólo en tal grupo los puestos directivos y de confianza expresamente contemplados (secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad), cuya objetivación debe estar incorporada a la RPT debiendo incluir en todo caso la denominación y características esenciales del puesto de trabajo, así como debe ser pública para facilitar la correspondiente tarea de control a la luz del R. D. Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril).

NOVENO.- Por lo tanto, nos encontramos ante una convocatoria de la Corporación Municipal recurrida para la provisión de un puesto singularizado (Secretario/a del Área de Recursos Humanos y Calidad del Excmo. Ayuntamiento de Málaga), conforme a la RPT aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de octubre de 2018 y publicada en el BOP de Málaga nº 230, de 29 de noviembre de 2018, según la cual el sistema de provisión del puesto de Secretario/a de Dirección ha de ser por el sistema de libre designación (LD), y no por el concurso de méritos (CM), habiéndose publicado el anuncio de la convocatoria y presentado las correspondientes solicitudes





por los empleados municipales interesados que reúnen los requisitos exigidos, en condiciones de igualdad, así como se ha seguido el procedimiento administrativo legalmente establecido, por todo lo cual como lo entiende el Ministerio Fiscal en su informe de 11 de diciembre de 2019 procede desestimar la demanda articulada en el presente recurso contencioso-administrativo y declarar que la resolución recurrida no vulnera los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

DÉCIMO.- En virtud de lo establecido en el art. 139 de la Ley de Enjuiciamiento Administrativo de 13 de julio de 1998, tras la reforma dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en concordancia con el art. 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte actora, si bien limitando su importe a un máximo de mil euros.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad conferida por el Pueblo Español a través de la Constitución y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLO

Que debo rechazar y rechazo la causa de inadmisibilidad aducida y debo **desestimar y desestimo** la demanda formalizada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 
 tramitado por el Procedimiento Especial de los Derechos Fundamentales de la Persona nº



764/2019, contra el Decreto recurrido descrito en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia, confirmándolo por ser ajustado a Derecho, declarando que no vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de mil euros.

Contra la presente Resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto de conformidad con lo establecido en el art. 81.2.b) en relación con el art. 121.3 de la Ley Rituaria Contencioso-Administrativa, previo el cumplimiento de lo prescrito en la Disposición Adicional 15ª.3.b) de la LOPJ en la redacción dada por el Artículo Primero Apartado 19 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Con antelación a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad procedente (50 euros si se tratara de un recurso de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, 30 euros si se tratase de un recurso de queja o 25 euros en los demás casos) en la cuenta de este Juzgado en la entidad bancaria [REDACTED] con número [REDACTED] lo que deberá acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos y una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

