



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Nº6 DE MALAGA**

C/ Fiscal Luis Portero García s/n Tlf.: (Genérico): 951939076 . Fax: 951939176
NIG: 2906745320190002227

Procedimiento: Derechos Fundamentales 321/2019. Negociado: 1

De:

Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a Sr./a.: AURELIA BERBEL CASCALES

SENTENCIA Nº 224/2020

En la ciudad de Málaga a 1 de septiembre de 2020

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, los presentes autos de Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, num. 321/2019 interpuesto por [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación por su condición de Letrado, contra resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga de 8 de junio de 2018, representada en autos la administración municipal demandada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales, consistente en convocatoria publicada en portal interno para la provisión de puesto de Jefe de Sección de Patrimonio Histórico, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, siendo la cuantía de las actuaciones indeterminada, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de marzo de 2019 se presentó por [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación por su condición de Letrado y ante el Decanato de los Juzgados de Málaga, escrito por el que se interponía recurso contencioso administrativo y por el cauce del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra el Ayuntamiento de Málaga y su Decreto de 26 de febrero de 2019 por el que se desestimó recurso de reposición frente al anuncio- convocatoria practicada el 11 de enero de 2019 por el portal interno de dotación por el sistema de comisión de servicios del puesto de Jefe de de Negociado Jurídico-Técnico dentro del organigrama del área de Recursos Humanos y Calidad. En dicho escrito inicial, se instó la reclamación del expediente administrativo y la continuación de los autos

Una vez repartido el asunto a este Juzgado y subsanados los defectos procesales que le fueron señalados a la parte actora, reclamado y obtenido expediente administrativo, se dio traslado a la representación de la recurrente para que formulase demanda en el plazo de 8 días, lo cual se cumplimentó mediante escrito de demanda de fecha 11 de mayo de 2019 en la que, en atención a los hechos y razones que consideró oportunas se reclamó la estimación del



recurso en los extremos recogidos en el suplico de la demanda consistentes en la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto de 26 de febrero de 2019, así como la convocatoria 11 de enero para dotar por comisión de servicios el puesto de Jefe de de Negociado Jurídico-Técnico dentro del organigrama del área de Recursos Humanos y Calidad, la revocación del nombramiento producido con posterioridad; la obligación al ayuntamiento de realizar unas convocatorias del citados puestos mediante concurso de méritos aunque fuese urgente y provisional, conforme los principios de mérito y capacidad todo lo anterior además con la condena en costas a la recurrida.

SEGUNDO.- Conferido traslado para contestación, por la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales se presentó en Decanato el 20 de junio de 2019 y en la representación del Ayuntamiento de Málaga escrito de contestación donde se formularon alegaciones sobre la inadmisibilidad de la acción y pretensiones de la adversa así como los hechos y fundamentos que estimó oportunos a su interés, suplicando la desestimación de la demanda.

Por su parte, conferido traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones, las mismas se presentaron en escrito recibido el 10 de julio de 2019, informando desfavorablemente a la estimación de la demanda al considerar que no existía vulneración de derechos fundamentales invocados por el actor.

Tras lo anterior, constando unidos los medios de prueba documentales presentados por ambos litigantes así como el expediente administrativo, mediante Diligencia de Ordenación de 10 de julio de 2019 se pasaron las actuaciones a SSª para el dictado de Sentencia, sin que contra dicha resolución se interpusiese recurso alguno.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para dictar sentencia por necesidades del servicio consistente en sustitución en el Juzgado Nº 4 sin relevación de funciones y sobrecarga de trabajo de este órgano judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los autos que aquí se dilucidan, el recurrente [REDACTED] solicitó, en esencia del escrito de parte, la revocación de las personas designadas tras convocatorias señaladas en los Hechos de la presente resolución, anulando las misma e instando al Ayuntamiento de Málaga a realizar una nueva convocatoria mediante Concurso de Méritos pormenorizado del mencionado puesto de Jefe de Negociado Jurídico-Técnico dentro del organigrama del área de Recursos Humanos y Calidad, aún con carácter provisional y en comisión de servicios, así como la condena en costas de la administración municipal. Para ello, tras especificar en el escrito rector que no sólo se impugnaba la mera publicación y convocatoria de dichos puestos por el portal interno sino el contenido de las mismas así como el subsiguiente nombramiento de la persona elegida para dicho



puesto de trabajo, el sistema elegido por la administración junto con la falta de concreción que, según el recurrente incurrieran dichas convocatorias así como que en realidad no existió supuesto de urgencia o provisionalidad que requiriese acudir a la comisión de servicio para cubrir todos los puestos que se estaban publicando por el Ayuntamiento de Málaga, con tal modo de proceder se vulneraba el derecho fundamental a la igualdad así como el de acceso a la función pública previsto en el artículo 23.2 ambos de la Constitución Española. Con el sistema elegido de comisión de servicios de esa forma, vulneradora para los derechos fundamentales, se cubrían puestos de trabajo de jefe de negociado o sección y ello además con la excusa de no estar aprobada una la RPT del ayuntamiento hoy demandado hasta el 29 de noviembre de 2019. Igualmente se consideraba que la decisión de nombramiento en este como en otros casos y práctica habitual del Ayuntamiento de Málaga no justificaba con objetividad la elección vulnerando con ello no sólo los derechos fundamentales antes señalados sino también el artículo nueve la carta magna, junto con artículos del estatuto básico del empleado público y jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que la concurrencia en procedimiento público objetivo y transparente se refería añadiendo además lo que consideraba un evidente fraude de ley. En atención al puesto, se solicitaba el dictado de sentencia con las declaraciones y condenas ya adelantada más arriba.

Frente a lo anterior y por la representación del Ayuntamiento de Málaga , previa alegación de una desviación procesal entre lo que se interpeló con el escrito inicial de interposición de recurso y lo que venía impugnado en el escrito de demanda, se mostró oposición al estimar ajustada a derecho la resolución recurrida e interesar la confirmación del acto interpelado pues la convocatoria en cuestión era respetuosa con los preceptos legales que se decían infringidos y daba cumplimiento a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con Sede en Málaga que ya habían recaído en ocasiones anteriores junto con otros pronunciamientos de otros juzgados incluso alguno de ellos resuelto ya por este jugador y que, siendo objeto de recurso de apelación por el recurrente en su alzada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga se había incurrido en calificaciones así la actuación de este jugador del todo punto inadmisibles . En resumen de la exposición de la administración recurrida, se interesaba el dictado de Sentencia desestimatoria con las consecuencias inherentes a la misma.

SEGUNDO.- Una vez expuestas sucintamente las líneas maestras de los escritos de las hoy litigantes, por pura lógica procesal procede resolver sobre las cuestiones formales de inadmisibilidad apuntadas en el escrito de contestación del Ayuntamiento de Málaga. Planteaba la administración recurrida el recurso era inadmisibles, por dos motivos. De una parte al tratarse de un acto de trámite y, de otra la inadecuación del procedimiento empleado por el actor al aludir en demanda a preceptos que nada tiene que ver con este procedimiento sumario pero especial.



En cuanto a que se trata de un acto de trámite, este argumento, que hacía tiempo no aparecía en los escritos municipales (donde últimamente se imputaba a las acciones presentadas por el actor la concurrencia de desviación procesal), ya ha sido resuelto en pasadas ocasiones por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, en sentencias que le son de sobra conocidas a la administración municipal y se dan todas aquí por reproducidas; sustentadas todas ellas en la amplitud de este recurso derivada, entre otros de las Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 23 de mayo y 17 de octubre ambas de 2008. Ya está más que consolidado en nuestra jurisprudencia que no es necesario agotar la vía administrativa para la interposición de este recurso especial. A mayores razones, no solo se impugna el nombramiento derivado de la convocatoria de comisión de servicios; se impugna ésta, que se hace, por lo demás, aprovechando el trámite del anuncio. Por ello si se puede considerar una convocatoria susceptible de recurso especial sin perjuicio de lo que proceda en cuanto al fondo.

Con respecto a la inadecuación del procedimiento, ciertamente que el recurrente siempre acude a la vía del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Y que, al hilo de dicha acción especial trata de manchar y censurar siempre las convocatorias municipales con su crítica desde la perspectiva del derecho ordinario por el uso de las comisiones de servicio como sistema para dotar puestos en el Ayuntamiento de Málaga. Pero la cuestión planteada se sustenta, nuevamente sin entrar en este instante procesal en el fondo, sobre la base de una vulneración de derechos fundamentales (los artículos 14 y 23.2 de la CE). Por ello, aun cuando como ya dijo el entonces Magistrado del Juzgado Contencioso-administrativo Nº 5 en la Sentencia de 25 de enero de 2017, NO existía "*...una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial en más que la mera invocación del derecho fundamental y...la LJCA incluye ciertas cautelas para evitar el abuso del recurso a este procedimiento al socaire de la invocación de presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales*", y en la demanda se aprovecha para incluir expresiones cargadas de menosprecio hacia la actuación municipal, se ha de rechazar el motivo de inadmisibilidad.

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 relevar 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 (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 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.- Tras la anterior aproximación general a este procedimiento y su naturaleza, hay que señalar que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal Constitucional en materia organizativa, la Administración goza de un amplio poder que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público, sin que frente a esta denominada potestad variandi" pueda invocarse un auténtico derecho adquirido de los funcionarios a que se respete la anterior estructura organizativa sino que únicamente pueden oponerse como auténticos derechos adquiridos aquellos que el Ordenamiento jurídico reconoce relativos a su categoría profesional, inamovilidad y retribuciones consolidadas; siendo también clásica la caracterización de esas potestades de autoorganización dentro de las facultades de tipo discrecional, pero también viene admitiendo que dichas potestades pueden ser controladas como el ejercicio de las demás facultades discrecionales y uno de los instrumentos de control es verificar si su ejercicio se ajusta a los hechos que la



determinan de acuerdo con los motivos de interés público a los que está llamada a servir, otro es el de no poder incurrir en arbitrariedad, y también se encuentra el de no poder servir a fines distintos que la justifican con prohibición en todo caso de la desviación de poder.

A su vez, es necesario recordar igualmente que, en el ejercicio de su potestad discrecional, la Administración debe motivar su actuación erigiéndose la motivación en una exigencia constitucional impuesta por los arts. 9.103 y 23.2 de la C.E. (y en definitiva en una auténtica garantía para el administrado), de necesidad en proclamar que éste último conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto administrativo que le afecte, lo que conexas dicho conocimiento con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa (STS 25.6.99), y en definitiva, y en ausencia de motivación al respecto la pretendida discrecionalidad administrativa se toma en arbitrariedad , ya que "la discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, "razonables", por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una "razonabilidad" en un marco socio-cultural determinado, pero, precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación "suficiente" que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (sentencia del Tribunal Constitucional 14/91), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la "suficiencia" (sentencia del Tribunal Constitucional 100/87)" (STS 3ª Sección 7 de 1-6-1.999), .

Y ya centrándonos en la cuestión de la comisión de servicios, debe recordarse que **el artículo 64 del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo** establece que: " *Cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.*" y según **el artículo 81 del EBEP**, Movilidad del personal funcionario de carrera, en su **apartado.3** : " *En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.*", de lo que resulta por tanto que si bien es cierto que no nos encontramos ante un procedimiento de acceso a la función pública ni un sistema de provisión de puestos y que por tanto no era necesario realizar un procedimiento de concurrencia propiamente dicho, sin embargo hay que tener en cuenta que la Administración puede utilizar la figura de la Comisión de Servicios de carácter voluntario cuando exista una necesidad urgente situación.



QUINTO. - Pues bien, **retornando nuevamente al supuesto aquí litigioso**, que en este caso y a diferencia de otro procedimiento igualmente interpuesto por el actor y resuelto de forma anterior al que nos ocupa (DF 410/2018), esta vez SI consta acreditada suficientemente la necesidad y la urgencia de acudir al sistema de la comisión de servicios para dotar el puesto de Jefe de Negociado Jurídico Técnico del Área de Recursos Humanos y Calidad del Ayuntamiento de Málaga.

A diferencia del recurso contencioso seguido en este mismo Juzgado con el número 410/2018 (en aquella ocasión atinente a la convocatoria de Jefe de Sección de Patrimonio Histórico-Artístico) donde ninguna justificación documental en el expediente administrativo constaba sobre la urgencia y necesidad de dotar por el sistema de comisión de servicios; en los presente autos, dicha carencia no se da. En concreto y como tan acertadamente apuntó la representante del Ministerio Fiscal en su informe de estos autos, al folio 2 del expediente administrativo consta el "Informe propuesta para la cobertura del puesto de jefe de negociado jurídico técnico del servicio de organización" y en su punto "I" recoge lo que continuación se transcribe: "Habiéndose producido, recientemente, la vacante del citado puesto y resultando urgente proceder a la provisión del mismo, debido al volumen de trabajo y a la complejidad de las funciones que tiene asignadas, tales como: la asistencia y apoyo el funcionamiento general del área en relación con los actos que inciden directamente en la generación de las nóminas mensuales: altas y bajas de empleados y sus modificaciones, cambios de categoría, de puesto o descripción de centro, cambios de estaciones administrativas, etcétera"

Así las cosas, es más que destacable la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; órgano consultivo que ha entendido **la Sentencia: 1312/2019 de fecha 26 de abril, Recurso: 773/2019 y de la que fue ponente D. Manuel López Agulló** lo que a continuación también se reproduce tomado de la base de datos del CGPJ:

"La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Sr. , declarando que el Anuncio de Convocatoria publicada en el Portal Interno del Ayuntamiento de Málaga, de 10 de abril de 2018, para la provisión del puesto de trabajo de Jefe de Grupo de Gestión de Vados del Área de Movilidad, no vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la C.E .

La parte apelante discrepa de tal pronunciamiento, invocando la existencia de criterios contradictorios de la Sala en casos similares, reiterando que la actuación torcida y reiterada del Ayuntamiento, basada en todo tipo de urgencias y provisionalidades está impidiendo la libre y objetiva concurrencia a procesos de provisión de puestos de trabajo en la Corporación.

El Ministerio Fiscal defendió la desestimación de la apelación, con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos jurídicos.



SEGUNDO .- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoya la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la Universidad apelante, debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aún cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

TERCERO .- En el supuesto enjuiciado no cabe apreciar error alguno en la aplicación de la doctrina que en la materia mantiene la Sala y que justifique el pronunciamiento revocatorio que se insta por la parte apelante. La valoración jurídica de los hechos que hace el Juez a quo, sobre la base de ser suficientemente



motivada, se muestra conforme a las pautas a que acaba de hacerse mención, sin poder ser tachada la conclusión obtenida de ilógica, irracional o arbitraria.

Por todo lo cual la Sala, tras el examen de la sentencia apelada no puede sino concluir en forma idéntica a la acertadamente expuesta por el juzgador, no apreciando error alguno en relación a las cuestiones suscitadas en el recurso, que fueron estudiadas por aquél en forma detallada y exhaustiva con recta objetividad e imparcialidad que pugna con la razón interesada de parte que por ello resulta improsperable en esta alzada, debiendo precisar que en este caso, a diferencia del enjuiciado en recurso de apelación nº 1413/2018, el requisito de la " urgente e inaplazable necesidad", que exige el art. 81.3 del EBEP para proveer un puesto de trabajo mediante comisión de servicios, se haya plenamente acreditado en el Informe emitido por la Directora Técnica de Movilidad en fecha 28 de marzo de 2018 con el "conforme" de la Teniente de Alcalde, que señala como motivación:

1. El incremento de trabajo que desarrolla el personal adscrito al Área de Movilidad.

2. La ausencia de cargos de responsabilidad que coordinen el conjunto de materias objeto de las atribuciones del Área de Movilidad

Todo ello conduce pues, a la desestimación del recurso de apelación en el sentido que a continuación se dirá..."

Mutatis mutandi (con la sola diferencia del puesto en cuestión), el folio 2 justifica suficientemente el origen de la situación de necesidad y la urgencia de acudir a la vía de la comisión de servicio para dotar el puesto de Jefe de Negociado, la resolución por la que se desestimó el recurso de reposición y la previa convocatoria anunciada eran conformes a derecho; pura y simplemente.

En consecuencia, procede la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones.

QUINTO.- Ya por último, Para concluir y de conformidad con la redacción del art.139.1 de la Ley Adjetiva al tiempo de interposición de la demanda, el criterio a aplicar es el del vencimiento objetivo a partir del 31 de octubre de 2011. No obstante el propio artículo 139 en su actual relación considera que no cabrá la imposición de costas siempre que se aprecie razone dudas de hecho de derecho. Pues bien el marco jurisprudencial menor derivado de las múltiples acciones interpuestas por el actor, arrastra dudas y criterios dispares como apreciaba el fundamento de costas de la Sentencia de 26 de abril de 2020 antes transcrita, considera y concluye quien aquí resuelve que no ha lugar a la imposición de costas a [REDACTED] en cuya actuación procesal en autos no existe prueba plena de temeridad o mala fe procesal; a pesar de ocultar la existencia de la Sentencia antes citada.



Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, procede dictar el siguiente

FALLO

QUE en el Procedimiento Derechos Fundamentales 321/2019, **debo DESESTIMAR y DESESTIMO** 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 la Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales; y por ello debo declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de fecha 26 de febrero de 2019 por el que se desestimó recurso de reposición así como de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 11 de enero de 2019 del que traía causa para la provisión del puesto de Jefe de Negociado Jurídico-Técnico dentro del organigrama del área de Recursos Humanos y Calidad al ser ambos actos conformes a derecho, debiendo por ello mantener todo su contenido y eficacia. Todo lo anterior sin hacer expresa condena en costas por las serias dudas de derecho evidenciadas en esta resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** en el plazo de quince días ante este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Málaga y **aclaración** en el de dos días ante este Juzgado.

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

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tlf.: (Genérico): 951939076 . Fax: 951939176

NIG: 2906745320190002227

Procedimiento: Derechos Fundamentales 321/2019. Negociado: 1

De:

Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a Sr./a.: AURELIA BERBEL CASCALES

AUTO

En la ciudad de Málaga, a 11 de enero de 2021

HECHOS

PRIMERO.- El día 1 de septiembre de 2020 se dictó, por este mismo Juzgado y en los autos de procedimiento especial Derechos Fundamentales 321/2019 Sentencia que acordó desestimar el recurso interpuesto por [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación, contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga consistente en convocatoria publicada en portal interno para la provisión de puesto de Jefe de Sección de Patrimonio Histórico.

SEGUNDO.- Por Procuradora de los Tribunales Sra. Berbel Cascales y en la representación d ella Administración demandada, mediante escrito de 24 de septiembre del pasado año, se instó la rectificación de error de la Sentencia oal entender que se había incurrido en error material por las razones contenidas en su escrito.

Conferido traslado, tanto el Ministerio Fiscal como el actor dejaron transcurrir el plazo que fue concedido sin hacer manifestación alguna.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dispone el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmarlas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan. Estas aclaraciones o rectificaciones, establece su párrafo tercero, podrán hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la publicación de la sentencia, o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal presentadas dentro de los dos días siguientes al de la notificación, siendo en este caso resueltas por el órgano jurisdiccional dentro del día siguiente al de la presentación del escrito en que se soliciten la aclaración o rectificación. Sin embargo, los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento.



A su vez, y en sentido concordante, el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente a esta Jurisdicción conforme a la Disposición Final primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. Dichas aclaraciones podrán hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por el tribunal dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración. Por último, en el párrafo tercero del artículo citado se dispone como los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

SEGUNDO.- Analizado tal precepto y teniendo en cuenta el reducido ámbito de aplicación de la rectificación de errores materiales, procede rectificar el Fallo de la resolución citado por la parte demandada.

Como pone de manifiesto la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, la utilización del recurso de aclaración no puede ir más allá de los estrechos límites trazados para él en el ordenamiento, esto es, sólo se puede pretender aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquiera omisión que las sentencias puedan presentar sobre punto discutido en el litigio, pues tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo tienen reiteradamente declarado que el mismo está sometido a una serie de límites derivados de su carácter excepcional y de la intangibilidad de las resoluciones. Por ello, no es posible utilizarlo para remediar la falta de fundamentación de la resolución aclarada (Sentencias del Tribunal Constitucional 138/1995 y 27/1994), ni para corregir errores judiciales de calificación jurídica (Sentencias del Tribunal Constitucional 119/1988 y 16/1991), para subvertir conclusiones probatorias (Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1991) o, muy destacadamente y como se pretende en el presente, para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1995).

Ya centrados en la presente litis, una simple lectura de los Fundamentos Tercero a Sexto de la resolución definitiva de estas actuaciones, demuestra que el juicio lógico aplicado por este juzgador al proceder al examen corrector o revisor que puede llevar a cabo esta jurisdicción, alcanzó una decisión desestimatoria en cuanto a las pretensiones del actor. Sin embargo, por error al usar, en la génesis del enjuiciamiento, un modelo de Sentencia de otras resoluciones dictadas en actuaciones promovidas por el mismo recurrente y Letrado, se acordó en el Fallo desestimar la acción dejando, en clara antítesis, el pronunciamiento de "declarar la nulidad" de la resolución dictada en reposición y el acto que venía interpelado.

Por ello, tratándose de un error material que solo tuvo reflejo en la parte final del Fallo de la Sentencia (derivado de la sobrecarga de trabajo de este Juzgado y de la llevanza por este Juez de otro órgano unipersonal de la misma



jurisdicción y partido sin relevación de funciones, procede estimar la corrección instada por la representación y asistencia del Ayuntamiento de Málaga, y debiendo eliminarse la declaración de nulidad contenida en el Fallo en todo su alcance, manteniendo la resolución el resto de su contenido y eficacia.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO haber lugar a lo solicitado por el Letrado [REDACTED] en nombre y representación del Ayuntamiento de Málaga en los autos de PA 129/2015, siendo procedente lo que a continuación se dispone:

Que en Fallo

donde dice "... por ello debo declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto de fecha 26 de febrero de 2019 por el que se desestimó recurso de reposición así como de la convocatoria publicada en el portal interno municipal de fecha 11 de enero de 2019 del que traía causa para la provisión del puesto de Jefe de Negociado Jurídico-Técnico dentro del organigrama del área de Recursos Humanos y Calidad" **SE DEBE ELIMINAR Y TENER POR NO PUESTA** dicha declaración. **manteniendo el resto del Fallo su contenido y eficacia.**

Continúen las actuaciones y plazos su curso a efectos de un eventual recurso si los plazos no han precluido.

Asimismo, procede declarar la firmeza de dicha resolución con el consiguiente archivo de los autos y devolución del expediente administrativo a la Administración de procedencia

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que es firme y que frente a la misma no cabe interponer recurso alguno. (artículo 267.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

Así, y por este mi Auto, lo dispongo, mando y firmo. José Óscar Roldán Montiel, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso Nº 6 de los de Málaga y su partido judicial. Doy fe.-

