



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176

N.I.G.: 2906745320170004219

Procedimiento: Derechos Fundamentales 588/2017. Negociado: 4

Recurrente: [REDACTED]

Letrado: [REDACTED]

Procurador: ALVARO JIMENEZ RUTLLANT

Demandado/os: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA

Procuradores: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

MINISTERIO FISCAL

**Acto recurrido:** convocatoria publicada en el portal interno el 02/10/2017 por el AYTO. MÁLAGA para la provisión del puesto de Jefe de Negociado Prestaciones del Área de Recursos Humanos y Calidad y del puesto de Jefe de Negociado de Atención a Personas Sin Hogar del Área de Derechos Sociales publicado en el portal interno municipal el 09/10/2017

### **SENTENCIA Nº 185/2021**

En la ciudad de Málaga a 19 de abril de 2021

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. 588/2017 interpuesto por [REDACTED] actuando en su propio nombre y representación por su condición de Letrado, contra resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga de 30 de noviembre de 2017, representada en autos la administración municipal demandada por el Letrado Sr. Martínez Fernández, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, siendo la cuantía de las actuaciones indeterminada, resultan los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2017 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 decreto del señor Teniente de Alcalde Delegado de Recursos Humanos y calidad de Ayuntamiento de Málaga del Ayuntamiento de Málaga de 24 de noviembre 2017 por el que se desestimó recurso de reposición contra previas convocatorias publicadas en el portal interno municipal de fecha 2 de octubre de 2017 para la provisión del puesto de Jefe de Negociado Prestaciones del Área de Recursos Humanos y Calidad; y del puesto de Jefe de Negociado de Atención a Personas sin Hogar del Área de Derechos Sociales publicado el nueve del mismo mes y año. En dicho



escrito inicial, se instó la reclamación del expediente misa divo 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 6 de abril de 2018 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 anulación de los nombramientos de las personas designadas para los puestos de trabajo que venían impugnadas por considerar la convocatoria de origen nula de pleno derecho; la anulación de la convocatorias recurridas por estimar las nula de pleno derecho; la obligación al ayuntamiento de realizar unas convocatorias de los citados puestos mediante concurso de méritos a un urgente provisional, con detalle de los requisitos de los posibles aspirantes, méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con los puesto de trabajo nombramientos un tribunal calificador para los mismos, todo lo anterior además con la condena en costas a Indra entregar.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado para contestación, por el Letrado Sr. Martínez Fernández se presentó en Decanato el 23 de abril de 2018 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 21 de mayo de 2018, informando desfavorablemente a la estimación de la demanda..

Tras lo anterior, admitidos los medios de prueba que se estimaron oportunos mediante auto de 1 de junio de 2018 , no habiendo solicitado ninguna las partes más prueba que la documental unida a sus respectivos escritos y el propio expediente administrativo, se declararon, en la misma resolución , conclusas las actuaciones sin que contra dicho auto se interpusiese recurso alguno.

Más tarde, en escrito de 26 de septiembre de 2018, el recurrente aportó autos sentencia dictada el 19 de julio de 2018 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga estimando recurso de apelación que fuera interpuesto por el actor contra la sentencia dictada el 25 enero 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de este mismo partido juicio.



**TERCERO.-** Con fecha 8 de noviembre de 2018 se dictó en los presentes autos Sentencia estimando las pretensiones del actor.

Contra la misma, el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez presentó recurso de apelación el cual, tras su admisión a trámite y pertinente traslado al recurrente y al Ministerio Fiscal, fue elevado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga para su decisión.

Por el meritado órgano colegiado se dictó el 29 de julio de 2019 Sentencia estimando dicho recurso de apelación anulando la dictada en instancia con el alcance procesal allí establecido.

Una vez comprobados los emplazamientos a los posibles interesados conforme indicó el órgano "ad quem", quedaron nuevamente las actuaciones concluidas para Sentencia mediante Providencia de 13 de enero de 2020.

**CUARTO.-** 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 y sobrecarga de trabajo de este órgano judicial consistente en sustitución durante un año y sin relevación de funciones en otro órgano unipersonal de la presente jurisdicción y partido 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 de los dos mencionados puestos de Jefe de Negociado, 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 sino el contenido de las mismas así como los su siguiente nombramientos de las personas elegidas para ambos puestos 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 forma vulnera adora para los derechos fundamentales, se cubrían puestos de trabajo de jefe de negociado y ello además con la excusa de no estar aprobada un la RPT del ayuntamiento hoy demandado. Igualmente se



consideraba que la decisión de nombramiento estado en ambos casos 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 a los 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 juzgador y que, siendo objeto de recurso de apelación por el recurrente en su alzada ante LA SCAA DEL TSJAM 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.- Más tarde, dictada Sentencia en la instancia e interpuesta apelación, dicho recurso fue estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga en su Sentencia de fecha 29 de julio de 2019.** Teniendo en cuenta que la misma consta incorporada a los autos, no es necesario su transcripción dándola aquí por transcrita. No obstante, considera conveniente este juzgador recordar que por el meritado órgano de apelación, si bien se rechazó la pretendida desviación procesal en cuanto a la anulación de los nombramientos, razonó y concluyó que debió darse cumplimiento al emplazamiento de todos aquellos que pudiesen verse afectados por una declaración de esa índole. Al no constar emplazados, y sin haberse tramitado conforme el art. 36 de la Ley rituaría 29/1998, se podría haber generado para aquellos designados cuyo nombramiento estaba en tela de juicio una evidente indefensión. Por ello, la Sala de apelación proclamó que, manteniendo la validez de los respectivos escritos rectores del recurrente y la Administración municipal , así como el informe del Ministerio Fiscal que constaba en las actuaciones, debía anularse la resolución con el alcance procesal delimitado en su resolución.

Pues bien, como se hizo constar en la Providencia dictada el 13 de enero de 2020, dichos interesados fueron emplazados por el Ayuntamiento el 12 de marzo de 2018. Así las cosas, constando que los mismo ya tuvieron la posibilidad de personarse en las actuaciones y dado el tiempo transcurrido sin que ninguno de



los posibles afectados se hubiera personado, solo queda por resolver nuevamente las cuestiones planteadas.

**TERCERO.** - 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. A más a más, en la Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga y su resolución que aquí ha afectado lo inicialmente resuelto (la de 29 de julio de 2019) negó dicha posibilidad, dándose aquí por reproducido el primer párrafo del Fundamento Segundo sobre todo en sus líneas finales.

**CUARTO.** - 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 (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.

**QUINTO.-** Por otra parte, 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 aquéllos 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.

**SEXTO.-** Pues bien, descendiendo nuevamente al supuesto aquí litigioso, pero teniendo en mente la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga 1312/2019 26 de abril (que seguidamente se transcribirá) que en este caso y a diferencia de otro procedimiento igualmente interpuesto por el actor y resuelto de forma anterior al que nos ocupa, esta vez SI consta acreditada suficientemente la necesidad y la urgencia de acudir al sistema de la comisión de servicios para dotar el puesto Jefe de Negociado Prestaciones del Área de Recursos Humanos y Calidad; y del puesto de Jefe de Negociado de Atención a Personas sin Hogar del Área de Derechos Sociales 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 (numeración interna de las actuaciones 220 y 221 tras la remisión a la Sala para apelación), al



folio 2 del expediente administrativo consta el "Anuncio de provisión de puesto de jefe de negociado de prestaciones del Área de Recursos Humanos" y en sus comienzos se recoge lo que continuación se transcribe: "por necesidades de la propia actividad del área de Recursos Humanos y Calidad, se plantea la necesidad objetiva y urgente de proceder a la provisión aunque sea con carácter provisional y en comisión de servicios interna, ya que se encuentra en fase de negociación y elaboración la RPT..." . A su vez, en el folio 1 del expediente administrativo, consta que la Jefa de Servicio de Personal del Ayuntamiento de Málaga solicitó que se tramitara a la mayor brevedad posible el procedimiento para cubrir dicha jefatura "...al estar próxima (por entonces) la jubilación de la Jefa del Negociado, [REDACTED] o documento "

Así las cosas, y como ya se adelantó más arriba, es relevante al caso Sentencia dictada por la misma Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga en su **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 apoye 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 1 y 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, tras el nuevo examen de los hechos conforme la evolución jurisprudencial menor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, procede la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones.

**SÉPTIMO.**- 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, en el presente caso, este jugador 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. Con este marco jurisprudencia menor, mostrando por este Juez no sólo su consideración y respeto hacia el tribunal ad quem, pero sin poder obviar las dudas que se derivan de dicha discrepancia entre las meditadas secciones; y ante la duda de derecho que eso genera, considera y concluye quien aquí resuelve que no ha lugar a la imposición de costas al recurrente, pues en su actuación procesal en autos no concurre prueba de temeridad o mala fe.

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

## **FALLO**



QUE en el Procedimiento Derechos Fundamentales 588/2017, **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 el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez, al ser dicha resolución conforme 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 **acclaración** 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] 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.

