



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320190005032.

Procedimiento: Recurso de Apelación 2078/2022.

De: [REDACTED]

Procurador/a: JOSE CARLOS GARRIDO MARQUEZ

Letrado/a: BEATRIZ BLANCO MUÑOZ

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a: JOSE MANUEL PAEZ GOMEZ

SENTENCIA NÚMERO 722/2023

R. APELACIÓN N° 2078/2022

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 22 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 2078/2022, interpuesto por el Procurador Sr. Garrido Márquez, en nombre de [REDACTED] asistido por la Letrada Sra. Blanco Muñoz, contra la sentencia n° 184/2022, de 30 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SEIS de MÁLAGA, en el Procedimiento Especial Derechos Fundamentales 711/2019, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Paéz Gómez y defendido por Letrado de la Asesoría Jurídica Municipal.

Interviene el MINISTERIO FISCAL.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó el auto en el encabezamiento reseñada desestima las medidas cautelares pedidas por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- Contra el referido auto es interpuesto y sustanciado recurso de apelación a 28/07/22, exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir se revoque la sentencia apelada, y proceda a la estimación de la demanda por la que se declare que el acto impugnado vulnera el derecho fundamental de huelga, con el pago de las costas procesales.

TERCERO.- La parte apelada presenta escrito el 15/09/22 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Resolución por la que desestime el recurso de apelación interpuesto y confirme la Sentencia impugnada.

CUARTO.- No consta escrito contestando a la apelación del Ministerio Fiscal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó la sentencia nº 184/2022, de 30 de junio, , en el Procedimiento Especial Derechos Fundamentales 711/2019, al Procedimiento Especial Derechos Fundamentales, que falla: *QUE en el Procedimiento Especial para la protección de Derechos Fundamentales 711/2019, debo DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contenciosoadministrativo interpuesto por [REDACTED] representado por la Letrada Sra. Blanco Muñoz contra el Oficio Ayuntamiento de Málaga identificado en los antecedentes de la presente resolución, representada la administración municipal por el Procurador de los Tribunales Sr. Páez Gómez, al no menoscabar dicho acto el derecho de huelga del actor. Todo lo anterior CON LA condena en costas al recurrente, quien deberá abonar las ocasionadas a la recurrida en cuantía máxima de 1.500 euros.*

SEGUNDO.- La parte apelante alega los siguientes motivos:

- Mostramos nuestra total disconformidad con la Sentencia recaída en estos autos; admitir sus argumentos supondría dejar vacío de contenido el ejercicio de un derecho fundamental.

No basta con proclamar y reconocer unos derechos fundamentales en nuestra Constitución, se trata de poder ejercitarlos, de forma que si la Administración Local no los respeta, encontremos la debida protección en la Administración de Justicia.

La Administración Pública debería ser ejemplar en el respeto de los derechos fundamentales.



- De la documental aportada con la demanda, expediente administrativo y prueba practicada en el acto del juicio, podemos considerar:

*Que mi representado, que tiene la categoría de Suboficial y que ejerce su derecho a la huelga, recibe el 3 de julio de 2019 una orden para que el día 1 de Julio sea el máximo responsable de la guardia, lo que

Nos remitimos al folio 43 del expediente administrativo, para destacar, que queda plenamente acreditado que se le obliga a ser el máximo responsable de la guardia, asumiendo dichas funciones.

El que mi representado no se prestara a ejercer estas funciones de superior categoría, no le relevó de su asunción, puesto que tenía una orden, que no fue revocada ni tampoco se procedió por el superior jerárquico a solucionar dicha deficiencia de personal en forma alguna. Se manifiesta, según consta en el folio 57 del expediente administrativo, por el Subinspector, que mi representado ese día no podía firmar documentos como Jefe de la Guardia ya que no ha sido Jefe de la misma, al manifestar verbalmente este que no se prestaba voluntariamente a ejercer estas funciones de superior categoría, sin embargo, en ningún lugar del expediente aparece que dicha orden fuera revocada y designada otra persona. Esto es así, porque fue obligado a desempeñar esas funciones superiores.

*Que el actor ha secundado la huelga es un hecho incontrovertido; ningún sentido tendría promover un procedimiento de esta envergadura, si no partiéramos de esta premisa. Por este motivo y congruentemente con el ejercicio de este derecho, se opone a ejercer funciones de superior categoría. En el mismo sentido han declarado los testigos que han depuesto.

*Por otro lado, en la sentencia que se recurre, ninguna mención se hace al hecho de que la Administración, ante una situación que no era sobrevenida, sino que se conocía con antelación, tenía que haber planificado, ajustándose al mandato judicial. De hecho en ocasiones anteriores, cuando no ha habido Oficiales Técnicos, el propio Subinspector o el Inspector del Servicio han ejercido dichas funciones. Téngase en cuenta, que tal y como declararon los testigos, los oficiales técnicos que ejercen la Jefatura de la Guardia, tienen la obligación de estar localizados y disponibles, obligaciones que no están contempladas para el resto del personal del Servicio.

*Se pretendió basar dicha orden en el Manual de Funciones que recoge que "en ausencia del Jefe de Guardia, el suboficial será el máximo responsable de la Guardia".

La redacción literal del Manual de Funciones, y respecto de las funciones del Suboficial, recoge que "en los turnos de guardia y bajo la supervisión del Jefe de Guardia, desempeñará las funciones de Jefe de Turno, coordinando la organización y el mando operativo de todo el personal a su cargo...En ausencia del Jefe de Guardia, será el máximo responsable de la guardia".

Del tenor literal, se desprende que, el Suboficial actúa bajo la supervisión del Jefe de Guardia, y que, en caso de que se ausente este, será el máximo responsable de la guardia, pues hay que garantizar la cadena de mando. La propia terminología que se utiliza, expresa el supuesto para el que se contempla esta sustitución y no es otro que el de "ausentarse" (irse de un lugar, según la RAE).

Tienen además perfectamente delimitadas sus funciones, siendo las de Jefe de Guardia de una responsabilidad sustancialmente superior.

Además, este argumento no fue acogido en la sentencia nº 302/2019 del TSJA a la que continuamente nos referimos y que obra en autos.



Primero, porque tal y como nos explicaron los testigos es una previsión, la que se hace en el Manual de Funciones, que se realiza por causas sobrevenidas y para garantizar la cadena de mando. Máxime encontrándonos en un contexto de huelga. Y segundo porque, como con toda la contundencia se refleja en la citada y memorable sentencia "La designación de un trabajador para la prestación de servicios mínimos sólo puede serlo para el ejercicio de su puesto de trabajo, en otro caso se produciría como efecto pernicioso, no solo que el trabajador se vería privado del ejercicio de su derecho-lo que puede estar justificado por razones superiores atendida la trascendencia del servicio prestado-, sino que se ve agravada la limitación de su derecho al tener que ejercer durante la jornada de huelga responsabilidades más graves de las que le corresponden en una jornada ordinaria"

Por último, decir que no podemos compartir las apreciaciones que se hacen en sentencia sobre los testigos, en la medida que ser representante de un sindicato y ejercer acciones legales con motivo de su cargo, no es obstáculo para que su declaración sea válida. E igualmente respecto de [REDACTED] que, lejos de ocultar haber tenido algún pleito con el Ayuntamiento, aclaró que a la pregunta general que le fue realizada al respecto, entendió que se refería al momento actual, sin que en ningún momento actuara con desdén. Tal y como se puede apreciar en la grabación hubo, por su parte, corrección en todo momento y una exquisita educación.

TERCERO.- La parte apelada opone:

- El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el Oficio de régimen interno, de fecha 3 de julio de 2019, del Subinspector del Real Cuerpo de Bomberos de Málaga, dirigido al [REDACTED], por el que se le recuerda que: "El Manual de Funciones del personal del Servicio (R.C. Bomberos) aprobado por la Junta de Gobierno Local el 21 de noviembre de 2008, refiriéndose a las funciones del Suboficial establece que *"En ausencia del Jefe de Guardia, será el máximo responsable de la guardia"*.

Consta en el expediente administrativo remitido, en el folio 43 como Documento nº 4, copia del referido oficio recordatorio, con la firma del recibí el original del indicado funcionario el día 11 de julio de 2019. Igualmente consta en el indicado expediente, folios 1 a 31, como Documento nº 1, copia del "Manual de Funciones del Personal del Real Cuerpo de Bomberos", aprobado por la Junta de Gobierno Local de Málaga el 21 de noviembre de 2008, en cuyo apartado, "Funciones del Suboficial", en su letra a). "in fine", se establece lo que se indica en el oficio recordatorio al [REDACTED]

Pues bien, pese a las afirmaciones erróneas de la parte actora, conviene recordar lo siguiente:

- 1.El Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Málaga, integrado por el R.C. de Bomberos de la ciudad, es un servicio de urgencias jerarquizado para cuyo funcionamiento necesita de manera ineludible una estructura de mando.
- 2.Según queda reseñado en el "Manual de Funciones" del personal del R.C. de Bomberos de Málaga, aprobado por la Junta de Gobierno Local (Documento nº 1 del expediente administrativo), se establece que el Suboficial de bomberos, "en los turnos de guardia y bajo la supervisión del Jefe de Guardia, desempeñará las funciones de Jefe de Turno", y, "en ausencia del Jefe de Guardia, será el máximo responsable de la guardia. " Por ello,



pese a las afirmaciones del recurrente, entre sus funciones como Suboficial de bomberos, en ausencia del Jefe de Guardia será el máximo responsable de la guardia, lo que no supone que se le atribuyan funciones de superior categoría, sino las propias de su puesto. No se trata del mismo caso que el descrito en la Sentencia núm. 302/2019, de 31 de enero dictada por la Sala, referida a atribuciones de superior categoría de cabo a un bombero.

3. Entre el personal para cubrir los "Servicios Mínimos" de la huelga convocada en el Servicio de Extinción de Incendios desde el 14 de marzo de 2017, decretados por el Alcalde, con fecha 10 de marzo de 2017 (Documento nº 2, del E.A.) no figura el Suboficial -Jefe de Turno-, pudiendo por tanto éste cargo ejercer su derecho a la huelga desde el inicio de la misma al no estar incluido en los "Servicios Mínimos" decretados para la huelga, cosa que hasta la fecha no se ha producido en ningún caso, no ejercitándose por éstos (incluido el recurrente) dicho derecho en una jornada laboral común. (A los debidos efectos se adjuntó como DOCUMENTO Nº UNO a nuestras alegaciones en primera instancia, copia del informe emitido en fecha 19 de septiembre de 2019, por la Jefa de Servicio de Personal del Ayuntamiento de Málaga, en el que en su primer párrafo se refería que a dicha fecha del informe, no se había recibido en el Servicio, ninguna notificación respecto de que algún empleado municipal haya secundado la indicada huelga en una jornada laboral común obligatoria del Colectivo de Bomberos - 24 horas-.

4. Desde la notificación de la Sentencia nº 307/2019, dictada por la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Documento nº 3, del expediente administrativo) y para un mejor cumplimiento de lo establecido en la misma, pese a que no se trataba de funciones distintas a la de Suboficial de bomberos, se procedió de la siguiente manera:

i. En ningún caso, se ha vuelto a planificar la guardia siguiente a la en curso habilitando a funcionario alguno para ejercer funciones de superior categoría, incluidos los Suboficiales -Jefes de Turno-, para desempeñar funciones de Jefe de Guardia, salvo que estos hayan manifestado de manera expresa su voluntad de sí hacerlo.

ii. Ni el Suboficial aquí recurrente, ni ningún otro que no haya mostrado su voluntariedad de forma expresa, ha sido habilitado como Jefe de Guardia, siendo este el único caso en el que se podría haber designado para cubrir los "Servicios Mínimos" de la huelga.

iii. En todo momento los Suboficiales de bomberos, incluido el recurrente, han tenido la oportunidad de ejercer libremente su derecho a la huelga, al no estar incluido en los "Servicios Mínimos" establecidos y no ser designado para ejercer supuestas funciones de superior categoría como Jefe de Guardia.

iv. En caso necesario para mantener la estructura de mando fijada en los "Servicios Mínimos" de la guardia en curso, sólo se habilitaba al personal que habiéndose presentado a la misma por haber sido designado en la guardia del día anterior para cubrirlos, ha renunciado voluntariamente y por escrito a ejercer su derecho a la huelga.

Esto, pese a las afirmaciones gratuitas del recurrente, ¿no supone cumplir con lo dispuesto en la Sentencia nº 307/2019, dictada por la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía? El Ayuntamiento de Málaga ha respetado el criterio judicial, pese a que se trata de una huelga convocada desde 2017 (estamos en el año 2022), en la que ningún funcionario del cuerpo de bomberos ha ejercido su derecho a no ir a prestar servicio algún día y dejar por ello de percibir sus retribuciones. Una huelga "sui generis", sin duda.

El oficio recordatorio recurrido, de fecha 3 de julio de 2019, obedecía a los motivos



siguientes:

a. En la guardia del día 3 de julio de 2019, el Suboficial [REDACTED] se presentó libre y voluntariamente a trabajar decidiendo no ejercer su derecho a la huelga, al no estar previamente designado en los "Servicios Mínimos" (Documento nº 5, del expediente administrativo)

b. El Oficial técnico designado para dicho día, 3 de julio de 2019, era [REDACTED] que estaba de vacaciones, por lo que no había Jefe de Guardia para ese día.

c. Al comienzo de la guardia el Suboficial -Jefe de Turno-, [REDACTED] le planteó la duda al Subinspector del Servicio, sobre quién ejercía las funciones de "Jefe de Guardia", que fue aclarada en los siguientes términos:

i. Al no haber Jefe de Guardia por no haber Oficial Técnico que desempeñe esas funciones y según dispone el "Manual de Funciones del personal del Servicio de Extinción de Incendios" el Suboficial - Jefe de Turno- es el máximo responsable de la guardia.

ii. Igualmente se le indica que en caso de presentarse durante la guardia alguna incidencia o intervención de urgencia que excediera de la capacidad de decisión y/o coordinación propias del Jefe de Turno, se pusiera en contacto con dicho Subinspector o con el Inspector Jefe del cuerpo para recibir las oportunas instrucciones o para resolver lo necesario.

iii. Ante dichas aclaraciones el Suboficial de bomberos recurrente [REDACTED] mostró su disconformidad con la explicación y dijo que por ello procedería a darse de baja por enfermedad, como así hizo abandonando la guardia, quedando el servicio desde ese momento sin Jefe de Guardia y sin Jefe de Turno. (Acompañamos a los efectos oportunos, como DOCUMENTO Nº DOS, copia del "Parte Médico de Baja/Alta de Incapacidad Temporal (P.9)", del funcionario recurrente del día 3 de julio de 2019, emitido por el [REDACTED] entrado en el Servicio de Extinción de Incendios el día 8 de julio de 2019)

iv. Al ser la primera vez que se producía una situación parecida desde la notificación de la Sentencia (Documento nº 3, E.A.), y ante las dudas planteadas por el Suboficial se decidió por la Jefatura emitir el oficio objeto del recurso, con los fines siguientes:

a. Informar a los Suboficiales -Jefes de Turno- que la falta de disponibilidad de Oficiales técnicos impedía que el nivel jerárquico de mando de "Jefe de Guardia", se viese cubierto en todas las ocasiones.

b. Informar igualmente que en cumplimiento de la aludida Sentencia, las habilitaciones a funciones a categoría superior mientras se desarrollaba la huelga sólo era posible en caso de voluntariedad, y habiendo sólo un caso entre los Suboficiales que se había prestado esta voluntad.

c. Recordar que el Suboficial -Jefe de Turno-, en ausencia de Oficial técnico como Jefe de Guardia, es según el Manual del Cuerpo, el máximo responsable de la guardia.

v. Por ello el oficio en ningún caso se emite para interferir en el derecho de huelga del Suboficial recurrente, el único fin es clarificar y recordar, en los casos en los que el funcionario decida libre y voluntariamente asistir al servicio y no ejercer su derecho de huelga, lo que puede hacer siempre ya que nunca se les designa en el Decreto de "Servicios Mínimos" al no estar incluido como personal dentro de los mismos, y presentarse a trabajar en el turno correspondiente fijado en el calendario laboral común del servicio, desempeñará las funciones de "Jefe de Turno", y si no hubiera disponibilidad de Oficial técnico Jefe de Guardia, *"será el máximo responsable de la guardia"*.



vi. En ningún caso es designado para cubrir "Servicios Mínimos", que le impediría ejercer su derecho de huelga.

vii. Ni se le habilita para ejercer funciones de categoría superior como "Oficial técnico", sino las que fija el propio "Manual de Funciones" del cuerpo, en un servicio de carácter jerarquizado, debiendo comunicar a los Jefes superiores, el Inspector y Subinspector del servicio, para todas las situaciones que se produzcan durante la guardia que excedan de las propias de un Jefe de Turno.

En consecuencia cabe concluir que, en ningún caso se ordenó al Suboficial recurrente que asumiera el día 11 de julio de 2019 funciones de categoría superior, sólo las que estaban fijadas en el Manual de Funciones para su categoría. Solo un Suboficial ejerce de manera voluntaria las funciones de Oficial técnico Jefe de Guardia, por haberlo expresado así personalmente por escrito a la Jefatura.

El recurrente el día 11 de julio de 2019, el mismo en que firmó y recibió el oficio recurrido, manifestó su intención de desplazarse al Centro Municipal de Emergencias, donde el Jefe de Guardia se ubica durante las guardias, para, según manifestó realizar las funciones de éste. Ante lo que se le especificó que para realizar las funciones de categoría superior debía previamente manifestar por escrito su voluntad de hacerlo, y de no ser así, no podía ocupar el despacho de Jefe de Guardia, debiendo permanecer en el despacho de Jefe de Turno en el Parque Central de Bomberos sito en el Paseo de Martiricos, desde el cual los Suboficiales desempeñan sus funciones de -Jefe de Turno- los días de servicio en jornada laboral común. Durante la guardia del día 11 de julio de 2019, el recurrente cumplimentó documentación suscribiéndola como "Jefe de Guardia", cuando sólo estaba ejerciendo las funciones de -Jefe de Turno-, motivo por el cual fue necesario advertirle por correo electrónico interno (Documento nº 7, del E.A.) que no podía hacerlo por no corresponderle al no estar ejerciendo las funciones de "Jefe de Guardia". Haciendo caso omiso de estas instrucciones formuladas por el Subinspector del Cuerpo, y volviendo a firmar como Jefe de Guardia un tercer documento (Documento nº 8, del E.A.), de "Previsión de personal para la siguiente guardia" dirigido al departamento de Régimen Interno, que obligó al mismo Subinspector a remitirle otro correo electrónico el día 12 de julio de 2019, haciendo las mismas advertencias que en el anterior.

Todas estas circunstancias fueron reconocidas por el Ministerio Fiscal en su informe y por el Juzgado en la Sentencia impugnada (Fundamento de Derecho QUINTO), donde se analiza la prueba documental aportada a autos y únicamente se critica la falta de imparcialidad en las declaraciones de los dos testigos propuestos por el recurrente, [REDACTED] y [REDACTED] que, además de formar parte del [REDACTED] (huelga sui generis, según hemos expuesto), no contestaron adecuadamente a las preguntas generales de la ley efectuadas por el Magistrado, pues omitieron que tenían recursos y litigios contra el Ayuntamiento de Málaga, como después reconocieron a preguntas de este Letrado como consta en la grabación de la vista. Estas observaciones se recogen en la Sentencia por el Magistrado, en su libre facultad de interpretación de los hechos y de ejercicio jurisdiccional. Y al ser datos objetivos no comprendemos por qué crean tal desazón en la parte recurrente.

- LA SITUACIÓN RECOGIDA EN EL ACTO IMPUGNADO, NO ESTÁ INCLUIDA EN LA SENTENCIA Nº 302/2019, DE 31 DE ENERO DE 2019, DE LA SALA DE MÁLAGA DEL TSJA (RECURSO DE APELACIÓN Nº 2362/2018)
Pese a la insistencia de la parte actora, ésta olvida que el Suboficial de bomberos, no está



designado para el cumplimiento de Servicios Mínimos en el Decreto del Alcalde de 10 de marzo de 2017, ni el ejercicio de "máximo responsable de la guardia", en ausencia del Jefe de Guardia, se produce por el ejercicio de éste del derecho de huelga.

En la Sentencia que menciona y que ya estaba incluida en el expediente y que se invoca nuevamente en el recurso, no se trata de un supuesto igual al aquí enjuiciado, pues se aludía a un caso de un Bombero designado como Cabo de bomberos, que fue nombrado para la cobertura de "Servicios Mínimos" en la jornada de huelga del día 10 de junio de 2017, siendo dicho acto el que allí se impugnaba.

En la citada Sentencia se recogía, en su FJ. TERCERO:

(...)

No es, por tanto, aplicable a nuestro caso la doctrina contenida en la Sentencia reseñada, por lo siguiente:

1.- El Suboficial en funciones de Jefe de Turno, en una guardia diaria de bomberos, no está designado para prestar "Servicios Mínimos".

2.- Tampoco se le designaba para ocupar un puesto que no es el que desarrollaba habitualmente, pues según el Manual de Funciones del Cuerpo de Bomberos de Málaga, las funciones de Suboficial en los "turnos de guardia y bajo la supervisión del Jefe de Guardia, será desempeñar las funciones de Jefe de Turno", y en ausencia del Jefe de Guardia, lo que no tiene por qué ser debido al ejercicio del derecho de huelga, sino por cualquier otra circunstancia, enfermedad, viaje, vacaciones, o fallecimiento, el Jefe de Turno "será el máximo responsable de la guardia", eso ha sido así, desde noviembre de 2008, muchos años antes de que se iniciara la huelga de bomberos, y no ha sido cuestionado nunca.

3.- La asunción de las funciones de "máximo responsable de la guardia", no es una "adscripción excepcional a un puesto de superior categoría por exclusivas razones de atención de los servicios mínimos", es porque, lo dice el Manual de Funciones del Cuerpo de Bomberos, desde su aprobación el 21 de noviembre de 2008, y así se le recordó al funcionario recurrente en el oficio que impugnaba.

4.- Como ya hemos afirmado, no estamos ante la designación de un trabajador para la prestación de servicios mínimos, y fuera de su puesto de trabajo, sin que conste que el [REDACTED] [REDACTED] estuviera haciendo jornada de huelga, y que se le encomendará "responsabilidades más graves de las que le corresponden en una jornada ordinaria", se le recordaba las responsabilidades que ha venido teniendo normalmente desde que es Suboficial del Cuerpo de Bomberos de Málaga, y que están especificadas en el repetido "Manual de Funciones" desde el año 2008, por lo que no era ni excepcional, "ni más grave", ni nada parecido.

5.- Insistimos, no es una "adscripción temporal...para el exclusivo fin de cobertura de servicios mínimos durante la jornada de huelga", por lo tanto, no estamos ante una colisión con el derecho fundamental que se invoca, según lo que recoge en el Fundamento de la Sentencia que se ha transcrito, y que se invoca de contrario.

Estas observaciones se recogieron acertadamente, en síntesis, por el Juzgado a quo en el Fundamento de Derecho SEGUNDO de la Sentencia recurrida.

Por tanto, ni se quebranta con el acto impugnado derecho fundamental alguno, ni se produjo un incumplimiento de lo expuesto en la Sentencia a que venimos aludiendo, y si alguien ha podido cometer alguna conducta reprochable, era el recurrente, al abandonar el servicio y darse de baja por enfermedad por el único motivo de mostrar su disconformidad con las explicaciones recibidas del superior jerárquico el día 3 de julio de



2019, y no atender a las instrucciones del Subinspector en la guardia del día 11 de julio de 2019.

En casos prácticamente idénticos, por ser relativos también a esta "huelga" convocada, la Sala a la que nos dirigimos consideró que no se vulneró el derecho constitucional de huelga, por ejemplo en las Sentencias dictadas los días 13 de octubre de 2020 (recurso 1793/2020), 29 de enero de 2021 (recurso 3246/2020) y 6 de mayo de 2021 (recurso 1178/2021).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal informó a 24/10/19:

-El actor, funcionario con categoría de Suboficial en el Real Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Málaga, ejerce desde el 14 de marzo de 2017 su derecho a la huelga. El día 8 de julio de 2019, recibió una orden de la Jefatura del Servicio para que asumiese el día 11 de julio las funciones de máximo responsable de la guardia, puesto de superior categoría, y que no le corresponde a su categoría profesional, haciendo la Administración un uso abusivo de sus poderes directivos y organizativos.

El Ayuntamiento de Málaga alega que el Oficio objeto del presente recurso de fecha 3 de julio de 2019 en ningún caso se emite para interferir en el derecho de huelga del recurrente sino con el único fin de clarificar y recordar, en los casos en los que el funcionario decida libre y voluntariamente asistir al servicio y no ejercer su derecho de huelga, lo que puede hacer siempre ya que en ningún caso se les designa en el Decreto de "Servicios Mínimos" al no estar incluido como personal dentro de los mismos, y presentarse a trabajar en el turno correspondiente fijado en el calendario laboral común del servicio, desempeñará las funciones de "Jefe de Turno" y si no hubiera disponibilidad de Oficial Técnico Jefe de Guardia, "será el máximo responsable de la guardia".

El 11 de julio, tras manifestar el recurrente su intención de desplazarse al Centro Municipal donde se ubica el Jefe de Guardia durante las guardias, para realizar las funciones de este, se le especificó que para realizar las funciones de categoría superior debía previamente manifestar por escrito su voluntad de hacerlo.

Durante la guardia, el recurrente cumplimentó documentación como "Jefe de Guardia" cuando sólo estaba haciendo las funciones de Jefe de Turno por el cual se le advirtió que no podía hacerlo, haciendo caso omiso.

- El artículo 28.2 de la Constitución Española dice "se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

De dicho precepto constitucional y de la norma que regula el derecho de huelga, Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo de relaciones de trabajo, se desprende que el derecho de huelga es un derecho subjetivo al que la Constitución Española atribuye la condición de Derecho Fundamental, pero que en su ejercicio exige el respeto de determinados límites, de forma que cuando la huelga afecta a servicios esenciales de la comunidad, ello se traduce en la necesidad de fijar unos servicios mínimos para el mantenimiento del mismo (STS 5 de marzo de 2013). Servicios mínimos que deben estar suficientemente motivados atendiendo al principio de proporcionalidad de modo que el derecho de huelga pueda hacerse real y efectivo, respetando en lo esencial el derecho frente al que la huelga se contrapone.



En las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999, 11 de febrero de 2000, 28 de septiembre de 2001 y 25 de abril de 2002 así como del Tribunal Constitucional 11/81, 26/81, 51/86, 43/90, 122/90, 123/90 y 8/92 se reconoce la necesidad de coordinar dicho derecho de huelga con el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad siempre atendiendo a las circunstancias concretas y casuísticas concurrentes en cada supuesto y ponderando y confrontando los intereses en conflicto, a efectos de señalar si el mantenimiento de esos servicios esenciales para el común de los ciudadanos puede entenderse justificado y razonable.

Sin embargo, en el presente supuesto, nos encontramos con que el actor, según informe de la Jefa de Servicio de Personal del Ayuntamiento de Málaga, de fecha 19 de septiembre de 2019, no secundaba dicha huelga en jornada laboral común obligatoria del Colectivo de Bomberos al no constar notificado al Servicio de Personal del Área de Recursos Humanos y Calidad.

Asimismo, el día 11 de julio, el actor desempeñó su servicio como Suboficial Jefe de Turno, es decir, su categoría, y no como Jefe de Guardia. Por ello, al cumplimentar documentación como Jefe de Guardia, el Subinspector del Cuerpo le envió el mismo día, un correo electrónico interno, a las 13:46 horas, advirtiéndole que no podía firmar como Jefe de Guardia al no estar ejerciendo dichas funciones sino las de Jefe de turno. Al hacer caso omiso a dichas indicaciones y firmar un tercer documento como Jefe de Guardia, al día siguiente, las 08:26 horas, se le volvió a mandar otro correo electrónico como las mismas advertencias que el anterior.

El acto administrativo impugnado en ningún caso vulnera el derecho fundamental de huelga del actor ya que, en primer lugar, no se encontraba el día 11 de julio, según la documental aportada en el expediente administrativo, de huelga, y en segundo lugar porque no le obligaba a ejercer las funciones de Jefe de Guardia y pese a que así se desprende del Oficio recurrido así también se le hizo saber por correo electrónico interno, hasta en dos ocasiones al hacer caso omiso de las instrucciones del Subinspector dadas en el primero.

- Por todo ello, entendemos, conforme a la documental del expediente administrativo, sin perjuicio del resultado de las pruebas que se practiquen en su momento, que no se ha vulnerado el derecho fundamental de huelga del artículo 28.2 de la Constitución Española.

QUINTO.- La sentencia impugnada, tras exponer las alegaciones de las partes, contiene la siguiente fundamentación en cuanto a los puntos objeto de apelación:

“...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



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 contenciosoadministrativa 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 ya estableció la veterana Sentencia del Tribunal Constitucional nº 11/1981, de 8 de abril, la libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, y que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos, limitando la libertad del empresario. Esta facultad, según la citada resolución, se hace extensiva a los funcionarios públicos, pues al no estar regulado este derecho en el Real Decreto Ley 17/77, tampoco está prohibido. En cuanto al contenido de este derecho, la doctrina jurisprudencial manifiesta que comprende tanto la facultad de declararse en huelga como la de elegir la modalidad de la misma, pero siempre dentro de los límites que la Ley ha permitido. A su vez, teniendo en cuenta lo indicado anteriormente sobre la libre elección de los trabajadores de la modalidad de huelga (que permitiría, incluso, la huelga de hambre), el art. 11 del texto legal citado no incluye la misma como ilegal (Artículo 11. La huelga es ilegal: a) Cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados; b) Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan; c) Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo y d) Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en dicho Real Decreto Ley.

Asimismo, es más que ilustrativo el Fundamento Tercero de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, de 31 de enero de 2019





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 ésa 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 ContenciosoAdministrativa, 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 contenciosoadministrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la



tantas veces ya aludida y que, por constar copia de la misma en autos, se da aquí por reproducida en cuanto al estudio del derecho fundamental y la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo que lo desarrolla juto con la cuestión de los servicios mínimos, destacando la Sentencia de 26 de mayo de 2016 allí transcrita.

QUINTO. Pues bien, retornando nuevamente al supuesto aquí litigioso, lo que es evidente que al actor no se le menoscabó su derecho a la huelga. Y es que, como tan afinadamente señaló la representante del Ministerio Público en el informe unido a autos durante el traslado al Ministerio Fiscal, del expediente resulta que el 11 de julio de 2019, día al que se refería el oficio impugnado, el actor manifestó su intención de desplazarse al centro municipal donde se ubica el "Jefe de Guardia" durante las guardias para realizar funciones de éste. Por parte de la administración recurrida y se le indicó que para realizar funciones de categoría superior, debía previamente manifestar por escrito su voluntad de hacerlo. Y durante esa guardia, el recurrente cumplimentó documentación como "Jefe de Guardia", cuando solo estaba haciendo las funciones de Jefe Turno. Así resulta de los folios 48 y 49, y del folio 56. Y el recurrente hizo caso omiso; hasta en tres ocasiones. Se le comunicó que dejase de firmar como Jefe de Guardia al estar realizando solo las funciones de Jefe de turno y continuó haciéndolo. El mismo fue quien llevó a cabo dichos actos a sabiendas de que no había aceptado voluntariamente los mismos y cuando se le había comunicado la ausencia de dicho previo consentimiento expreso. A su vez, fue muy llamativa la baja por incapacidad temporal y el alta del actor, producido todo en un solo día; en concreto, el 3 de julio de 2019 (aportada como documental junto con la contestación a la demanda), día que, casualmente, se dictó la OrdenOficio aquí recurrida y por la que decía el actor se le había cercenado su derecho a la huelga. Por otra parte y como también destacó el informe del Ministerio Fiscal, de la documental adjuntada con el escrito rector del Ayuntamiento recurrido (y no impugnada ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria) resultaba que el actor no secundaba dicha huelga en jornada laboral común obligatoria del Colectivo de Bomberos al no constar notificado el Servicio de Personal del Área de Recursos Humanos y Calidad.

No obsta la conclusión anterior las dos testificales practicadas en autos. En cuanto a la primera, la de [REDACTED] siendo compañero de turno y representante del sindicato SAB, asociación sindical que mantenía la huelga con el Ayuntamiento desde 2017; el mismo vino a responder que el actor estuvo ejerciendo el derecho de huelga con él en manifestaciones y movilizaciones. Pero eso no demuestra que, en las jornadas laborales como en las que se ha señalado más arriba, hiciera las funciones de Jefe de Guardia a pesar de ser requerido para que dejase de hacerlas por no constar su voluntad expresa. Aunque dijo a preguntas de la Letrada del actor que "todo se podía prever" en referencia a las ausencias y al modo de cubrirlas, el testigo no depuso nada que desvirtuase la realidad documental arriba expuesta; documentos que, por lo demás, no fueron impugnados ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria. Es más que probable que el testigo no supiese lo que su compañero de turno y hoy recurrente hizo ese día. A más a más, el testigo eludió, al responder a las preguntas que le hizo este juzgador por las generales de la ley, que había interpuesto hasta tres recursos contenciosos ante varios Juzgados de este partido judicial contra el Ayuntamiento de Málaga, con lo que su objetividad queda claramente depauperada. Este Juez le preguntó y nada dijo a ese respecto y solo lo reconoció cuando el Letrado de la administración le hizo preguntas con referencia concreta a cada uno de los procedimientos judiciales.

Y a las mismas conclusiones se puede llegar con el segundo testigo [REDACTED]



██████ compañero y también suboficial como el actor. Señaló que el recurrente había formado parte del comité de huelga hasta que el ahora testigo lo sustituyó. Pero eso no demuestra que el día en cuestión arriba indicado, el actor llevase a cabo dichas actuaciones identificándose como Jefe de Guardia omitiendo intencionadamente aceptar ,de forma expresa, dicha responsabilidad para, así, dejar la actuación municipal en entredicho. En cuanto a las respuestas dadas a la Letrada sobre el conocimiento del testigo de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, las mismas no dejaban de ser la interpretación subjetiva del propio testigo. Además, también ocultó haber tenido pleitos con el Ayuntamiento aquí recurrido tanto por la situación de huelga como por cuestiones personales de reclamación salarial que le fueron desestimadas; mostrando un llamativo desden hacia el Letrado municipal por preguntarle por dichas actuaciones y la fecha de las mismas (2010 y 2018). Lo relevante a este juzgador en la instancia es que a las generales de la ley, ocultó dicha información; y , en definitiva, minorando igualmente la objetividad de sus respuestas.

En consecuencia, no concurriendo vulneración alguna del derecho de huelga del actor, procede la completa desestimación del recurso contencioso sin necesidad de más razones.....”

SEXTO.- Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014 , REC 3504/2012, que en su FD 3º, dice:

”Como señala para un caso semejante la sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 22 de noviembre 7 de diciembre de 2010 (casación 5951/2006), que cita otros pronunciamientos anteriores,

<< [el] método seguido por la representación del recurrente sería reprobable incluso si se tratase aquí de un recurso de apelación, pues aunque en este pueden ser replanteados y revisados todos los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, su articulación no puede consistir en una mera reiteración de la demanda. Pero la técnica empleada resulta de todo punto inaceptable tratándose, como aquí sucede, de un recurso de casación, pues éste no constituye una segunda instancia sino un juicio a la sentencia; esto es, una vía singular de impugnación tendente a constatar si es o no ajustada a derecho la interpretación y aplicación de las normas realizada por el Tribunal de instancia. Y mal puede este Tribunal Supremo realizar esa labor si el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, sino que, sin mencionarlas siquiera, se limita a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la demanda >> ...”



También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994 , afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

Estas consideraciones son obviadas por la parte apelante que insiste el argumentario realizado en instancia, centrando su recurso en una valoración de la prueba diversa a la realizada en la sentencia apelada, sin tener en cuenta que la revisión del material probatorio no tiene cabida en la apelación salvo en supuestos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que el Juzgado de instancia ha vulnerado alguno de los escasos preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria o ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución. No basta entonces con señalar que el resultado probatorio obtenido por el Juzgado *a quo* pudo ser distinto o que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, pues, como decimos, resulta necesario justificar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles. La valoración bajo la sana crítica está íntimamente vinculada a quien inmediatamente asiste a la práctica de prueba, por lo que el legislador ha depositado expresamente la confianza en su personal y prudente criterio cuando se trata de pruebas testificales (art.376 LEC), reproducciones videográficas (art.382.3 LEC) o periciales (art.348 LEC). En este sentido dice la STS 1561/2017 del 17 de octubre de 2017, Recurso: 3447/2015 en su FD 3º (al igual que otras como la STS 479/2018, del 21 de marzo de 2018, Recurso: 3220/2015). Sin que se aprecie que la valoración realizada en la sentencia apelada sea arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles cuando dice que:

el 11 de julio de 2019, día al que se refería el oficio impugnado, el actor manifestó su intención de desplazarse al centro municipal donde se ubica el “Jefe de Guardia” durante las guardias para realizar funciones de éste. Por parte de la administración recurrida y se le indicó que para realizar funciones de categoría superior, debía previamente manifestar por escrito su voluntad de hacerlo. Y durante esa guardia, el recurrente cumplimentó documentación como “Jefe de Guardia”, cuando solo estaba haciendo las funciones de Jefe Turno. Así resulta de los folios 48 y 49, y del folio 56. Y el recurrente hizo caso omiso; hasta en tres ocasiones. Se le comunicó que dejase de firmar como Jefe de Guardia al estar realizando solo las funciones de Jefe de turno y continuó haciéndolo. El mismo fue quien llevó a cabo dichos actos a sabiendas de que no había aceptado voluntariamente los mismos y cuando se le había comunicado la ausencia de dicho previo consentimiento expreso. A su vez, fue muy llamativa la baja por incapacidad temporal y el alta del actor, producido todo en un solo día; en concreto, el 3 de julio de 2019 (aportada como documental junto con la contestación a la demanda), día que, casualmente, se dictó la OrdenOficio aquí recurrida y por la que decía el actor se le había cercenado su derecho a la huelga. Por otra parte y como también destacó el informe del Ministerio Fiscal, de la documental adjuntada con el escrito rector del Ayuntamiento recurrido (y no impugnada ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria) resultaba que el actor no secundaba dicha huelga en jornada laboral común obligatoria del Colectivo de Bomberos al no constar notificado el Servicio de Personal del Área de Recursos Humanos y Calidad.



No obsta la conclusión anterior las dos testificales practicadas en autos. En cuanto a la primera, la de [REDACTED] siendo compañero de turno y [REDACTED] del sindicato [REDACTED] asociación sindical que mantenía la huelga con el Ayuntamiento desde 2017; el mismo vino a responder que el actor estuvo ejerciendo el derecho de huelga con él en manifestaciones y movilizaciones. Pero eso no demuestra que, en las jornadas laborales como en las que se ha señalado más arriba, hiciera las funciones de Jefe de Guardia a pesar de ser requerido para que dejase de hacerlas por no constar su voluntad expresa. Aunque dijo a preguntas de la Letrada del actor que "todo se podía prever" en referencia a las ausencias y al modo de cubrirlas, el testigo no depuso nada que desvirtuase la realidad documental arriba expuesta; documentos que, por lo demás, no fueron impugnados ni en su autenticidad ni en su eficacia probatoria. Es más que probable que el testigo no supiese lo que su compañero de turno y hoy recurrente hizo ese día. A más a más, el testigo eludió, al responder a las preguntas que le hizo este juzgador por las generales de la ley, que había interpuesto hasta tres recursos contenciosos ante varios Juzgados de este partido judicial contra el Ayuntamiento de Málaga, con lo que su objetividad queda claramente depauperada. Este Juez le preguntó y nada dijo a ese respecto y solo lo reconoció cuando el Letrado de la administración le hizo preguntas con referencia concreta a cada uno de los procedimientos judiciales.

Y a las mismas conclusiones se puede llegar con el segundo testigo [REDACTED] [REDACTED] compañero y también suboficial como el actor. Señaló que el recurrente había formado parte del comité de huelga hasta que el ahora testigo lo sustituyó. Pero eso no demuestra que el día en cuestión arriba indicado, el actor llevase a cabo dichas actuaciones identificándose como Jefe de Guardia omitiendo intencionadamente aceptar, de forma expresa, dicha responsabilidad para, así, dejar la actuación municipal en entredicho. En cuanto a las respuestas dadas a la Letrada sobre el conocimiento del testigo de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, las mismas no dejaban de ser la interpretación subjetiva del propio testigo. Además, también ocultó haber tenido pleitos con el Ayuntamiento aquí recurrido tanto por la situación de huelga como por cuestiones personales de reclamación salarial que le fueron desestimadas; mostrando un llamativo desden hacia el Letrado municipal por preguntarle por dichas actuaciones y la fecha de las mismas (2010 y 2018). Lo relevante a este juzgador en la instancia es que a las generales de la ley, ocultó dicha información; y, en definitiva, minorando igualmente la objetividad de sus respuestas.

SÉPTIMO.- A mayor abundamiento tanto la Administración como la sentencia apelada se atienen a lo ya dicho por esta Sala y Sección en la sentencia 1770/2021, de 29 de enero, en el recurso de apelación 3246/20, dijo:

"...SEGUNDO: Partiendo de que, como ya en su día estableció el T. Constitucional en la sentencia 53/86 "el derecho de huelga como todo derecho, puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio, derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y que habrán de estimarse válidas en tanto no rebasen su contenido esencial, haciéndolo impracticable, obstruyéndolo más allá de lo razonable o despojándolo de la necesaria protección" así como que la cuestión relativa a qué tipo de garantías pueden ser adoptadas sin menoscabo del derecho consagrado el art 28.2 "... es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la



comunidad sobre la que incide (extensión territorial, duración, etc.), y, de otro, a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute. La valoración de estos factores ha de servir precisamente para enjuiciar la acomodación constitucional de las «garantías» adoptadas, esto es, para elucidar la adecuación y proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga”, la cuestión que se plantea reviste una naturaleza claramente probatoria, en tanto en cuanto la parte apelante lo que discute es si para el servicio del día uno de Agosto, pudo acordarse de que el servicio fuese prestado de distinta forma o por otra persona, y en este sentido la solución a alcanzar no es otra que la desestimatoria del recurso de apelación, pues una vez que consta que la orden de 30 de Julio, por la que se le hacía saber al recurrente la necesidad de que cumpliera la guardia del día uno de agosto, se ajustó al Decreto por el que se establecían y regulaban los servicios mínimos, el que la parte entienda que podría haberse resuelto la necesidad de cubrir la guardia del día uno de manera diferente, no es suficiente para entender que se ha quebrantado el derecho fundamental a la huelga, pues para que ello fuese así se habría hecho necesario acreditar que la solución adoptada era, si no injustificada, al menos desproporcionada, acreditación que no ha tenido lugar, pues de la prueba testifical practicada, únicamente puede deducirse la discrepancia, por parte del recurrente y otros bomberos, con la forma de solucionar el problema de atender a la cobertura de los servicios mínimos, sin que en ningún momento conste que por parte de quien tenía las atribuciones de designar las personas que tenían que cubrir los mismos el día uno d Agosto, se haya extralimitado o haya procedido de manera claramente impropia o desproporcionada, no pudiendo alegarse en su contra lo razonado y resuelto por esta Sala en la sentencia 302/2019, dictada el 31 de enero de 2019, pues en esta se contemplaba un supuesto distinto, cual era el que, para cubrir el servicio mínimo, no solo se había nombrado a una persona determinada, sino que además, con ello, se le había obligado de asumir responsabilidades más graves que las que le correspondían a su categoría y puesto de trabajo, lo que no ocurre en el actual caso, por todo lo cual el recurso de apelación ha de ser desestimado.

...”

Y también en la sentencia de esta Sala y Sección de 6/05/21, al rec. Apelación 1178/21 quedó dicho;

“...**SEXTO.-** Doctrina jurisprudencial sobre la fijación de servicios mínimos para garantizar la prestación de servicios esenciales durante el ejercicio del derecho de huelga. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia número 27/1989, de 3 de febrero de 1989, indicaba que el análisis de cuestiones como las planteadas en este procedimiento, debe partir de la doctrina desarrollada por dicho Tribunal acerca del derecho de huelga y, en particular, de las limitaciones que pueden imponerse al mismo y de los requisitos que han de guardar las normas y medidas sobre servicios mínimos, doctrina que se inicia en la STC 11/1981, y desarrollan, entre otras, las SSTC 51/1986 y 53/1986.

De esta última sentencia, en la que se condensan buena parte de los criterios mantenidos en anteriores resoluciones, conviene destacar ahora que el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.



Una de esas limitaciones, expresamente prevista en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la Comunidad, entendidos como servicios que atienden la garantía o ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

De otro lado, la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.

La clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados (STC 26/1981 de 17 julio).

De otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el significado general de la "causalización" o motivación de los servicios mínimos, que resume la STS n ° 21/2021, del 18 de enero de 2021, Recurso: 3083/2019, con cita de anteriores sentencias de la propia Sala y del TC, señala que:

“1º Que ante el ejercicio del derecho de huelga los servicios mínimos se predicán de los esenciales identificados con prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad; esencialidad que se deriva tanto de la actividad en que consisten como por el resultado que con la misma se pretende. Tal juicio sobre la esencialidad del servicio afectado no puede vaciar el contenido esencial del derecho a la huelga, haciéndolo impracticable, de ahí que deba seguirse un criterio restrictivo.

2º Que junto a ese juicio sobre la esencialidad del servicio, la llamada "causalización" de la fijación de los servicios mínimos exige razonar -motivar- el alcance de otros dos juicios concurrentes: el de proporcionalidad respecto de los acordados y el de ponderación respecto de los intereses en liza.

3º Que en cuanto al equilibrio ponderado de los intereses en liza -el de los trabajadores y el de los destinatarios de su actividad- deberá valorarse el ámbito personal, territorial y temporal de la huelga más la actividad material afectada, identificando el número de trabajadores convocados y los adscritos a los servicios mínimos y cómo se ha llegado a tal ponderación.

4º En cuanto al juicio de proporcionalidad, con los servicios mínimos que se fijan no se trata de garantizar por sistema un nivel de rendimiento habitual de la actividad afectada, de ahí que unos servicios mínimos equivalentes al 100% de la actividad afectada implique vaciar de contenido el ejercicio del derecho de huelga; ahora bien, la huelga debe perturbar el interés de la comunidad sólo hasta extremos razonables, a lo que se añade que el acto de fijación debe ser neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa quien, en la práctica, los fije”.

SÉPTIMO.- En cuanto a las huelgas en el servicio público de bombero en Málaga, la



sentencia de esta Sala y Sección nº 177/2021, de 18 enero, al rollo apelación 3246/2020, dejó dicho en su FD 2º que la cuestión que se plantea reviste una naturaleza claramente probatoria, en tanto en cuanto la parte apelante lo que discute es si para el servicio del día uno de Agosto, pudo acordarse de que el servicio fuese prestado de distinta forma o por otra persona, y en este sentido la solución a alcanzar no es otra que la desestimatoria del recurso de apelación, pues una vez que consta que la orden de 30 de Julio, por la que se le hacía saber al recurrente la necesidad de que cumplierse la guardia del día uno de agosto, se ajustó al Decreto por el que se establecían y regulaban los servicios mínimos, el que la parte entienda que podría haberse resuelto la necesidad de cubrir la guardia del día uno de manera diferente, no es suficiente para entender que se ha quebrantado el derecho fundamental a la huelga, pues para que ello fuese así se habría hecho necesario acreditar que la solución adoptada era, si no injustificada, al menos desproporcionada, acreditación que no ha tenido lugar, pues de la prueba testifical practicada, únicamente puede deducirse la discrepancia, por parte del recurrente y otros bomberos, con la forma de solucionar el problema de atender a la cobertura de los servicios mínimos, sin que en ningún momento conste que por parte de quien tenía las atribuciones de designar las personas que tenían que cubrir los mismos el día uno d Agosto, se haya extralimitado o haya procedido de manera claramente impropia o desproporcionada, no pudiendo alegarse en su contra lo razonado y resuelto por esta Sala en la sentencia 302/2019, dictada el 31 de enero de 2019, pues en esta se contemplaba un supuesto distinto, cual era el que, para cubrir el servicio mínimo, no solo se había nombrado a una persona determinada, sino que además, con ello, se le había obligado de asumir responsabilidades más graves que las que le correspondían a su categoría y puesto de trabajo, lo que no ocurre en el actual caso, por todo lo cual el recurso de apelación ha de ser desestimado.

En dicha sentencia, en que era impugnado el mismo acto, dijimos y ahora reiteramos, que “de la sola lectura de la resolución impugnada se desprende que la asignación al recurrente del servicio de guardia señalado para el día 11 de noviembre de 2019 obedeció, precisamente, a garantizar la prestación de los servicios mínimos previamente fijados en el Decreto de 10 de marzo de 2017 (que no es objeto de fiscalización en este procedimiento); servicios mínimos que se erigen en límite del derecho fundamental cuya vulneración se invoca. Y dicha designa obedece, según refieren tanto dicho Decreto como la resolución recurrida, a un turno rotatorio establecido entre todo el personal del Parque en cuestión (sin que tal circunstancia resulte cuestionada). Refiere el demandante que la decisión administrativa recurrida carece de una “minima solidez” puesto que “la imposición obligatoria de horas extraordinarias no es coyuntural sino estructural”. Mas para respaldar esta tanto esta afirmación como el supuesto incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo -al no compensarse las horas extraordinarias con días de descanso- (e incluso la propia realización de tales “horas extraordinarias) resulta insuficiente la mera aportación de una impresión de pantalla correspondiente al calendario laboral del actor (documento 3 de los adjuntos al escrito de interposición y a la demanda) y de la Circular de Régimen Interno 47/2018 en la que se fijan el número de horas anuales a realizar (concretamente, en 1.773,9 horas). Es cierto que en el calendario laboral no aparecía inicialmente asignada la fecha del 11 de noviembre al recurrente; pero no es menos cierto que ello no ha de comportar que esta modificación (que responde a necesidades del servicio para la cobertura de la guardia mediante el turno rotatorio fijado en el Decreto de servicios mínimos) conlleve ni la superación del



número de horas anuales a trabajar, ni la imposición sistemática o “estructural” de horas extraordinarias o el incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo. Y es que basta dar lectura a la propia Circular de Régimen Interno 47/2018 para comprobar como los turnos inicialmente asignados al personal del Cuerpo de Bomberos pueden ser modificados tanto por necesidades del servicio (para “reforzar el personal de la guardia”) como incluso a petición propia de los funcionarios (previa autorización de Régimen Interno). Por tanto, la propia existencia de las horas extraordinarias exigiría advenir que el cómputo anual de las efectivamente desempeñadas ha superado el número fijado para el puesto, ya que la asignación de la guardia correspondiente al 11 de noviembre bien pudo haber sido compensada con descansos o mediante la supresión de una de las inicialmente asignadas. Y para ello era necesario desplegar una actividad probatoria que no consta instada en la demanda; circunstancia que impide constatar si, tal y como se refiere, la designa ha supuesto la obligada realización de tales horas extraordinarias (que es la tesis en la que la parte sustenta la vulneración de los derechos fundamentales que refiere, razón por la que le competía advenir conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, la parte no ha acreditado mínimamente que la designación efectuada comporte la lesión de los derechos constitucionales a la huelga, la vida y la integridad física y moral... ..

poder acudir voluntariamente al turno trabajadores que no manifestaron hasta entonces la voluntad de secundar la huelga en dicha fecha, no garantiza el mantenimiento de los servicios públicos (pues tal asistencia voluntaria no veda la posibilidad de que estos puedan sumarse posteriormente a la huelga convocada). Y ello máxime cuando, según se razona en dicha Sentencia, “en ningún momento —y tampoco tras el inicio de la huelga— recae deber normativo alguno sobre los trabajadores de expresar su postura ante la misma ni tampoco sobre la empresa de indagar al respecto” (luego mal podría efectuarse la designación en la forma propuesta, al no existir obligación alguna por parte del trabajador de manifestar si deseará o no ejercitar su derecho a la huelga).

En definitiva la Sala, tras el examen de la sentencia apelada no puede sino concluir en forma idéntica a la acertadamente expuesta por el juzgador a quo, no apreciando error interpretativo 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 añadir al hilo del principal motivo del recurso que conceptuados los servicios mínimos como aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme al tamaño y característica de la misma, deben ser atendidas durante el desarrollo de una huelga, cuando resultan estrictamente necesarias para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes; garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas aquellas relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. El desarrollo de los mismos, en cuanto atienden a los fines señalados, excluye la jornada laboral en sentido estricto, pues han de ser realizados durante el tiempo necesario para ello, siendo remunerados en atención a esa duración; por ello en el supuesto de litis, el tiempo que excedió de la jornada laboral fue remunerado al recurrente como horas extraordinarias, que fueron necesarias para garantizar el buen fin de los servicios mínimos acordados (en este sentido también se ha pronunciado esta Sala en la sentencia n ° 1584/2020, del



13 de octubre de 2020, Recurso: 1793/2020). ... ”

OCTAVO.- Procede la imposición de costas a la parte apelante conforme al art. 139.2 y 3 Ley 29/98.

FALLAMOS

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

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de [REDACTED] contra la sentencia nº 184/2022, de 30 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, en el Procedimiento Especial Derechos Fundamentales 711/2019.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas esta segunda instancia a la parte apelante.

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

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

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



