



**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.: 2906745320220001310.

**Procedimiento: Recurso de Apelación 878/2023.**

**De:** ASES. JUR. AYTO. MÁLAGA

**Letrado/a:** S. J. AYUNT. MÁLAGA

**Contra:** [REDACTED]

**Procurador/a:** JOSE CARLOS GARRIDO MARQUEZ

**SENTENCIA NÚMERO 345/2024**

**ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:**

**PRESIDENTE**

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

**MAGISTRADOS/A**

D<sup>a</sup> MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2<sup>a</sup>

En la ciudad de Málaga, a 7 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 878/2023, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y asistido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal, frente a la sentencia n.º 100/2023, de 31 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número OCHO de Málaga, al PA 129/22, estando personada como parte apelada [REDACTED] representado y asistido por la Letrada Sra. Blanco Muñoz.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

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





**SEGUNDO.-** Contra la mencionada sentencia, es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito recibido el 23/06/23 con base a los motivos que se expone pidiendo que se revoque la Sentencia dictada en el mismo, y, en consecuencia, desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto por [REDACTED] confirmando el acto administrativo objeto de impugnación en la instancia, por ser conforme a derecho.

**TERCERO.-** La parte apelada presentó escrito el 14/07/23 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia que desestimando el recurso de apelación formulado de contrario, confirme íntegramente la sentencia de instancia con condena en costas.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº OCHO de Málaga dictó la sentencia nº 100/2023, de 31 de mayo, al PA 129/22, que falla:

*“Que ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la letrada Sra. Beatriz Blanco Muñoz, en nombre y representación de [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA frente al Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, en sesión ordinaria celebrada el día 18 de marzo de 2022, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra las listas definitivas de aspirantes admitidos y excluidos, relativas a la convocatoria efectuada para cubrir 209 plazas de Bombero Especialista del Servicio de Extinción e Incendios (OEP 2020), por promoción interna, ANULANDO el mismo, debiendo la Administración aprobar nueva relación de aspirantes admitidos y excluidos en los términos dichos en el Fundamento de Derecho Tercero, con imposición de las costas a la demandada”*

**SEGUNDO.-** Frente a dicha sentencia la parte apelante alega:

#### - ANTECEDENTES

Son antecedentes del presente recurso, dimanantes del expediente administrativo, los siguientes:

1. Con fecha 14 de diciembre de 2020 y 22 de enero de 2021 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el Anuncio relativo a las Bases Generales que habían de regir las convocatorias para la provisión de plazas vacantes correspondientes a la Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de Málaga del año 2020, (folio 1 - 17).
2. En fecha 18 de marzo y 26 de abril de 2021, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, Anuncio relativo a las Bases Específicas de la convocatoria de 209 plazas de Bomberos Especialista incluidas en la Oferta de Empleo Público del año 2020, para cuyo acceso se requería “ser funcionario de carrera Bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de esta Corporación y tener una antigüedad de, al menos, dos años en esta categoría.” (Fs. 18-52)



3. [REDACTED] tomó posesión como funcionario de carrera del Ayuntamiento de Málaga en plaza de Bombero del Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Málaga, el 1 de junio de 2021. (F. 74)
4. Con fecha 21 de junio de 2021 el recurrente presentó Solicitud para participar en la convocatoria de bombero especialista del servicio de extinción de incendios por promoción interna. (Fs. 75- 76).
5. E [REDACTED] fue excluido de la lista de aspirantes admitidos a la promoción interna por no haber acreditado la permanencia de, al menos dos años, como funcionario de carrera en el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos del Ayuntamiento de Málaga. (folios 77-82).
6. En fecha 18 de marzo de 2022 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Málaga dictó Resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra las Listas Definitivas de Aspirantes de la convocatoria. (Fs. 102-106).

**-IMPROCEDENCIA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA CAUSA DE INADMISIBILIDAD DEL ARTÍCULO 69.C) EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 25 Y 28 DE LA LJCA.**

Arguye la sentencia de instancia que la pretensión de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, formulada por esta parte apelante, por no haber sido impugnadas previamente por el interesado las bases de la convocatoria a la que concurrió, no puede ser acogida porque, si bien el acto impugnado lo es de aplicación de las bases de la convocatoria, la cuestión de fondo es si en el requisito de la antigüedad de al menos dos años en la categoría de funcionario de carrera bombero del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos del Ayuntamiento de Málaga, debe computarse el período trabajado en dicha categoría como funcionario bombero interino (y en otra Corporación distinta, debemos añadir).

Consideramos que, dicho sea en estrictos términos de defensa, dicho razonamiento del juzgador de instancia es erróneo, porque en los términos en que aparecen redactadas las bases de la convocatoria, es inequívoco que el requisito para concurrir a la promoción interna en el Servicio de Extinción de Incendios de Málaga era la permanencia de, al menos dos años, como funcionario de carrera de dicha Corporación en el citado Servicio, requisito que no cumplía el interesado, por lo que, si no estaba conforme con ello, estaba obligado a impugnar las bases y no someterse voluntariamente a ellas, como incorrectamente hizo, para posteriormente considerar que dicha exigencia la consideraba disconforme con el ordenamiento jurídico.

Esto determina que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, las bases de la convocatoria, que no fueron impugnadas y a las que voluntariamente se sometió el interesado, devinieron firmes y consentidas, constituyéndose en ley del proceso selectivo y vinculando no sólo a los concurrentes sino también a la Administración actuante (por todas, STS de 19 de mayo de 1989).

Esta falta de impugnación de las bases de la convocatoria demostró una falta de diligencia del interesado que, de acuerdo con la doctrina señalada, debió conllevar la inadmisión del recurso frente a unas bases consentidas y firmes, apreciación que no ha realizado la Sentencia de instancia, que incurre en el error que denunciamos, por lo que solicitamos su revocación.

**-INAPLICABILIDAD AL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE**



#### JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011

La Sentencia dictada en el procedimiento que nos ocupa y que esta parte impugna indica que el supuesto a que se refiere la citada del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es el de *"...un ciudadano español que prestó servicios en la Junta de Andalucía durante más de 15 años como funcionario interino y que en 2005 tomó posesión como funcionario de carreta y acabó siendo descalificado al no contabilizarse su eta de interino... la sentencia del TJUE resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa y que es prácticamente idéntico, pues el recurrente, habiendo sido funcionario bombero interino, adquirió luego la condición de funcionario bombero de carrera, y lo que pretende es que se le compute el tiempo trabajado como interino para participar en un proceso de promoción interna.*

Estimamos que la sentencia de instancia incurre en error al considerar equivalentes la situación descrita en la sentencia del TJUE y la que ha sido objeto de debate en el proceso contencioso que nos ocupa, cuando se trata en realidad de situaciones bien diferentes en las que no cabe hablar de trato discriminatorio ni de lesión del principio de igualdad.

En primer lugar, quisiéramos señalar que en el caso que nos ocupa, el [REDACTED] prestó servicios en dos Administraciones diferentes, en la [REDACTED] como interino y en el Ayuntamiento de Málaga, como funcionario de carrera, en el que escasamente llevaba 20 días hasta el momento en que solicitó participar en el proceso de promoción interna a la categoría de bombero especialista. Con 20 días como funcionario de carrera en el Ayuntamiento de Málaga (y ningún día como funcionario de carrera en ninguna otra Administración), no es posible acceder por promoción interna a la categoría inmediata superior.

La situación descrita en la sentencia del TJUE es la de un funcionario de la Junta de Andalucía que, dentro de esa misma Administración Pública, llevaba quince años como funcionario interino; en cambio, el aquí recurrente, ni estaba en la misma Administración, es decir, no era funcionario de carrera del Ayuntamiento de Málaga, ni tampoco era funcionario interino del Ayuntamiento de Málaga, situación la de funcionario interino del Ayuntamiento de Málaga totalmente inexistente. Queremos decir que en el Ayuntamiento de Málaga no es posible nombrar interinamente a ningún bombero, se accede al Servicio de Extinción de Incendios exclusivamente por oposición.

Por lo tanto, no solo se trata de Administraciones diferentes, lo que ya constituye una diferencia sustancial respecto a la Sentencia del TJUE, que contempla el caso de un funcionario interino de la misma entidad, la Junta de Andalucía, sino que no se tiene en cuenta el hecho de que el Ayuntamiento de Málaga es una Corporación que conforme a su potestad de autoorganización, plenamente legítima y de acuerdo con la Ley, no admite la existencia de funcionarios interinos para las plazas del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos, al igual que sucede con el Cuerpo de Policía Local. A estos cuerpos funcionariales del Ayuntamiento de Málaga solo puede accederse en virtud de oposición libre.

Esto significa que no existe ninguna discriminación que por lesión del principio de igualdad justifique el fallo estimatorio de la sentencia que recurrimos, puesto que no hay nadie en la convocatoria discutida de contrario al que, partiendo de una eventual condición de interino, se le haya computado tiempo de prestación de servicios como interino a los efectos de su presentación para acceder a la promoción interna en la categoría superior, porque no hay interinos en el Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Málaga en ninguna de sus categorías y a nadie se le valora el tiempo que hubiera podido prestar en tal condición en otra Administración distinta que sí admitiera esta situación.



Ausencia de lesión del principio de igualdad que, a mayor abundamiento, se constata en el hecho de que cada Administración Pública, en lo referente al Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento, tiene su propio Plan de Actuación, conforme al cual determina el contenido material del temario de las distintas convocatorias, estableciéndose en cada uno de dichos Planes el ámbito territorial específico de actuación.

Ha de tenerse en cuenta que, en el caso de las Diputaciones Provinciales (en la de Sevilla prestó servicios como interino el recurrente) son los términos municipales con menos de 20.000 habitantes los que se asocian para la prestación del servicio, municipios que nada tienen que ver con municipios como Málaga capital.

Esto pone en evidencia, además, que la competencia para la prestación del servicio es estrictamente municipal, circunscrita al ámbito territorial de cada término municipal, tratándose de municipios independientes que, por carencia de medios debido a su tamaño poblacional, recurren a las Diputaciones Provinciales para su prestación, sin que sea competencia propia de estas últimas, lo que lleva a la conclusión de que en absoluto las funciones sean equiparables.

Que la competencia es propia de cada Municipio lo establece el art. 25.2.f) de la LBRL que reconoce al Municipio competencia propia en materia de “prevención y extinción de incendios”; y el art. 26.1.c) de la LBRL que dispone que los municipios con una población superior a 20.000 habitantes deberán prestar, en todo caso, el servicio de prevención y extinción de incendios, y en el caso de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes, y solo subsidiariamente, es decir, si el servicio no es prestado por el municipio, corresponde a la Corporación Provincial, sin que en ningún caso se considere como una competencia provincial.

Algunos municipios se asocian voluntariamente para gestionar de forma conjunta el servicio de prevención y extinción de incendios, constituyendo para ello un consorcio de bomberos. El art. 3 de la LBRL no señala en ningún momento que el consorcio sea un tipo de “entidad local”. Así, el art. 62.2.b) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, configura el consorcio como una entidad local de carácter supramunicipal constituida para la cooperación territorial. Concretamente, el art. 78.1 de la Ley 5/2010 define el consorcio como una “entidad pública de carácter voluntario y asociativo, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad para crear y gestionar servicios y actividades de interés común, y sometida al Derecho Administrativo”. Por su parte, el art. 78.3 de la referida Ley dispone que “los consorcios participados mayoritariamente por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local se considerarán entidades locales de cooperación territorial”. Con todo, hay que tener en cuenta que la LBRL admite la existencia de otras entidades locales constituidas a partir de la agrupación de Municipios, y resulta que la Ley andaluza de autonomía local no concibe el consorcio stricto sensu como una agrupación, sino como una asociación de Municipios.

Todo ello permite concluir que el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos es propio de cada municipio e independiente del resto, que solo en caso de poblaciones inferiores a 20.000 habitantes es posible acudir al auxilio de las Diputaciones Provinciales o Consorcios, y que no son comparables las funciones de un bombero funcionario de carrera de un municipio con Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos propio, por obligación legal, como ocurre con el municipio de Málaga, con las funciones de un bombero interino de un consorcio, concretamente de la Diputación de Sevilla.

Las funciones que como interino se supone que ha prestado el recurrente lo habrán sido en municipios de la provincia de Sevilla, excluida Sevilla capital, distintos, por tanto, a la



ciudad en la que presta funciones como funcionario de carrera, Málaga, con las diferentes circunstancias propias de cada uno de dichos os municipios en cuanto a orografía, climatología, Málaga ciudad costera, con montes... y los municipios de Sevilla de interior, sin montes...) lo cual implica que sean funciones diferentes.

Hemos de añadir también que no son comparables las funciones de un bombero interino (en las Administraciones que admitan esta figura) con las de un bombero funcionario de carrera, puesto que éstas implican ejercicio de autoridad (art. 38.2 ley 2/2012 y art. 92 ley 7/85), razón por la cual, en el Ayuntamiento de Málaga, como hemos dicho anteriormente, no existen interinidades en el Servicio de Extinción de Incendios en ninguna de las categorías.

El hecho de que cada Municipio haya de tener su propio Servicio de Extinción de Incendios determina, por último, que las convocatorias para la provisión de plazas tengan diferente contenido, adaptado a las circunstancias de cada ciudad.

Así, por poner un ejemplo que acredita las evidentes diferencias entre unos y otros, en las convocatorias del Servicio de Extinción de Incendios del Ayuntamiento de Sevilla, publicadas en el BOP del mes de abril de 2022, el segundo ejercicio de la oposición se dirige, exclusivamente, al “...conocimiento del trazado urbano del término municipal de Sevilla y vías de acceso a la ciudad de Sevilla...”, versando la totalidad de dicho ejercicio sobre “conocimientos del viario público de la ciudad, sus barrios, edificios relevantes, Bienes de interés cultural...”, además de incorporar al temario el Plan de Emergencia Municipal.

En lo referente a las bases de las convocatorias tanto de turno libre como de promoción interna del Ayuntamiento de Málaga, se incluyen referencias a la ciudad de Málaga tanto en temario:

- en el caso de las bases de promoción interna: tema 1 de las materias específicas: “*El servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Málaga: organización y funciones*”

- en las bases de promoción interna:

\* tema 11 de las materias específicas “*Competencias de la Administración en el ámbito local en materia de Extinción de Incendios. Organización y estructura del Real Cuerpo de Bomberos de Málaga*”

\* tema 34 de materias específicas “*Normativa básica de protección contra incendios: DB SI del CTE. Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales, Ordenanza Municipal de protección contra incendios de Málaga*”

\* tema 39: “*Red de carreteras del municipio: nacionales, comarcales y locales. Principales vías urbanas de la ciudad. Recorridos entre distintos puntos del ámbito geográfico de prestación del Servicio Contra Incendios. Situación y acceso a las principales instalaciones industriales, servicios básicos y edificios singulares de la capital. La red de metro*”.

Como también se incluyen dichas referencias a la ciudad de Málaga en los ejercicios de la oposición:

- en las bases de turno libre, la primera prueba del tercer ejercicio consiste en la realización de un ejercicio tipo test de 40 preguntas que planteará el Tribunal inmediatamente antes del comienzo del ejercicio, y que se referirá a la red de carreteras del municipio: nacionales, comarcales y locales, principales vías urbanas de la ciudad, recorridos entre distintos puntos del ámbito geográfico de prestación del Servicio Contra Incendios, situación y acceso a las principales instalaciones industriales, servicios básicos y edificios singulares de la capital y la red de metro.

En atención a todas estas circunstancias y argumentos de legalidad, consideramos que la



resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga, al no valorar como tiempo servicio el prestado como interino en la Diputación de Sevilla a los efectos de su participación en el proceso de promoción interna para la categoría de bombero especialista, fue plenamente conforme a derecho, por lo que procede revocar la sentencia de instancia, en cuanto que aplica indebidamente los preceptos legales que rigen el supuesto.

-De acuerdo con lo expuesto, estimamos que la Sentencia dictada en la instancia resulta disconforme con la legislación positiva española.

El derecho a participar en los procesos de promoción interna queda reservado a los funcionarios de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y Título V del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

El principal requisito de participación en las pruebas de promoción interna es tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas (arts. 18.2 del TREBEP y 76 del RD 364/1995). A su vez, el Subgrupo o Grupo de clasificación profesional será aquel que se tenga por el aspirante al día de la finalización del plazo de presentación de solicitudes de participación (art. 76 del RD 364/1995).

Las Bases Generales que han de regir las convocatorias para la provisión de plazas vacantes en la plantilla del personal de. Excmo. Ayuntamiento de Málaga, incorporadas a la OEP correspondiente al año 2020, en su apartado sexto establecen lo siguiente:

*“Los/as funcionarios/as de carrera de esta Corporación que participen en pruebas de promoción interna deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas. En los anexos reguladores de las plazas adscritas al turno de promoción interna se determinará la exención de materias y pruebas de las que los/as aspirantes ya se hayan examinado para ingresar en la categoría desde la que promoción, de acuerdo con la legislación aplicable”.*

Y las Bases Específicas de la convocatoria a la que pretende acceder el recurrente establecen, entre otros, como requisito para ello *“ser funcionario de carrera Bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de esta Corporación y tener una antigüedad de, al menos, dos años en esta categoría.”*

Es, por tanto, requisito *“conditio sine qua non”* de la promoción interna, ostentar la condición de funcionario de carrera con una antigüedad de, al menos dos años, en dicha condición, tal como se establece en las bases específicas de la convocatoria, no impugnadas por el recurrente.

Es por ello que procede la revocación de la sentencia de instancia.

#### -LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LA CARRERA PROFESIONAL Y LA PROMOCIÓN INTERNA

A la promoción interna se refiere el título del artículo 18 del TREBEP como *“Promoción Interna de los funcionarios de carrera”* y es definida en el artículo 73 del RD 364/1995



como “ *el ascenso desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de titulación a otro del inmediato superior o en el acceso a Cuerpos o Escalas del mismo Grupo de titulación...*” se trata, por tanto, de un sistema de acceso a Cuerpos o Escalas de funcionarios, que no puede confundirse con la carrera profesional, vinculada a las oportunidades de desempeño de puestos de trabajo y definida como “*el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad*” (art. 16.2 TREBEP).

A ello se ha referido la Sala de Málaga del TSJA en su Sentencia nº 1081/2020, de 9 de julio, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se alude a que “*son dos cosas distintas: por un lado, valorar un tiempo de prestación de servicios como un mérito, y, por otro, ostentar una determinada categoría como funcionario de carrera, para poder optar al ascenso a una categoría superior*”.

Y en este mismo sentido, la STS 1394/2021 señala que el interés casacional del recurso que se resuelve, radica en “*si constituye trato discriminatorio la diferente valoración (respecto de los servicios prestados como personal funcionario o estatutario fijo) de los servicios prestados por el personal funcionario en virtud de un vínculo temporal (previo como el de la interinidad) en un procedimiento de provisión de puestos, en especial en un procedimiento de movilidad interna*”, que se está refiriendo, por tanto, a un supuesto de hecho distinto al que nos ocupa, es decir, a un procedimiento de provisión de puestos, diferente al procedimiento de selección para el acceso a otra categoría profesional, para cuyo acceso se precisa encontrarse en la categoría profesional correspondiente como funcionario de carrera, durante el tiempo mínimo de dos años.

En igual sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, no 582/2011, de 25 de febrero, Recurso de Apelación 517/07

No se trata, consecuentemente, de valoración de méritos a los efectos de la carrera profesional, sino de requisitos de acceso de los funcionarios de carrera a otra categoría profesional.

Por todo ello, dicho sea con todo respeto y en estrictos términos de defensa, entendemos que la sentencia incurre en error en la valoración de la normativa de aplicación al caso, por lo que solicitamos su revocación.

**TERCERO.-** La parte apelada opone:

- Solicitamos la confirmación de la sentencia de instancia, por estar plenamente ajustada a derecho.

Mediante la misma, se anula el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, por el que se desestima el recurso de reposición, interpuesto contra las listas definitivas de aspirantes admitidos y excluidos, relativas a la convocatoria efectuada para cubrir 209 plazas de Bombero especialista del Servicio de Extinción de Incendios por promoción interna, debiendo la Administración aprobar nueva relación de aspirantes admitidos y excluidos.

Nos encontramos ante una Sentencia razonada, que se fundamenta en el criterio que, desde hace años, mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) al considerar que la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva de su exclusión del proceso selectivo de promoción interna, bajo advertencia de incurrir en la prohibición de discriminación que no tiene una razón objetiva que la sustente .



Al desgranar minuciosamente la Magistrada de instancia, la Sentencia del TJUE de fecha 8 de septiembre de 2011, queda de manifiesto, que nos encontramos ante un supuesto idéntico o muy similar, en el que el razonamiento es claramente aplicable.

- La Administración insiste en su recurso en la causa de inadmisión planteada, prevista en el artículo 69 c de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa, en relación con los artículos 25 y 28 de la misma norma, aduciendo que el acto recurrido, es de mera aplicación de las bases de la convocatoria, que no fueron objeto de recurso.

Tal y como se recoge en la sentencia, la cuestión de fondo que se discute “no pretende impugnar si quiera indirectamente dichas bases, sino que plantea más bien una cuestión de aplicación de las mismas, concretamente, si en el requisito de antigüedad de al menos dos años en la categoría de funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos, debe computarse el periodo trabajado en dicha categoría como funcionario bombero interino”.

Exactamente, así es y por ello no puede tener acogida esta causa de inadmisión. Máxime cuando de la lectura de las bases, se constata que los requisitos son:

• Bases Generales:

- Poseer los requisitos exigidos para el ingreso.

- Tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas.

• Bases Específicas:

-Ser funcionario de carrera Bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de esta Corporación y tener una antigüedad de, al menos, 2 años en esta categoría.

Mi representado cumple los requisitos exigidos: es funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de esta Corporación y tiene una antigüedad de 2 años en esta categoría. Por lo que se ajusta al tenor literal de las bases. Obsérvese que en ningún momento se exige que la antigüedad de dos años sea en la Corporación Municipal.

De hecho y como queda probado, a dos aspirantes se les ha admitido en el proceso sin tener la antigüedad en la Corporación Municipal (nos referimos al [REDACTED] y [REDACTED] que pertenecían a otra Administración diferente y se les ha computado el tiempo que llevaban).

En conclusión, al cumplir los requisitos exigidos tanto en las bases generales como en las específicas ningún motivo había para impugnar las bases.

- Se argumenta de contrario que no es aplicable la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011 al tratarse de situaciones bien diferentes, en las que no cabe hablar de trato discriminatorio ni de lesión del principio de igualdad.

Para ello señala que el [REDACTED] prestó servicios en dos Administraciones diferentes.

Al respecto decir que ha quedado probado, mediante la prueba solicitada a instancia de esta parte, que dos aspirantes, [REDACTED] y [REDACTED] pertenecían a otra Administración diferente y se les ha computado el tiempo que llevaban como funcionarios de carrera, por lo que en ese caso, ha sido irrelevante para el Ayuntamiento la procedencia de otra Administración. De lo que se deduce que argumenta según le conviene.

Aprovecha además el recurso para introducir cuestiones que no han sido objeto de debate ni



de prueba y que, por tanto, nos generan indefensión. Nos referimos a las novedosas alegaciones que introduce respecto del Plan de actuación de cada Administración, que determina el contenido material del temario, o al tamaño de los municipios para los que se presta el servicio desde una Diputación.

Cuestiones que carecen de trascendencia pues las funciones que ha desempeñado mi representado tanto en la Diputación Provincial de Sevilla como en el Ayuntamiento de Málaga son idénticas, tal como ha resultado probado y no desvirtuado de contrario.

De todas formas, es muy sorprendente que en el caso del [REDACTED] que ha sido bombero en el Ayuntamiento de Martos, localidad que nada tiene que ver con Málaga capital en cuanto a la orografía, climatología, ciudad de interior (no costera), trazado viario público, barrios, edificios relevantes, sí se le ha computado el tiempo de prestación del servicio. En su caso al Ayuntamiento le ha dado igual estos aspectos que ahora alega.

Como decimos, la argumentación del Ayuntamiento no tiene una coherencia, varía en sus fundamentos según le interesa, incurriendo en trato discriminatorio.

Las funciones que ha prestado mi representado como interino son idénticas a las que presta en Málaga, y respecto de las características propias de Málaga capital, son perfectamente conocidas al ser funcionario de carrera del Ayuntamiento de Málaga (la superación del proceso selectivo más la formación práctica, garantiza ese conocimiento).

Se manifiesta de contrario que no son comparables las funciones de un bombero interino con las de un bombero funcionario de carrera, puesto que estas implican ejercicio de autoridad. Esta afirmación se hace sin mayor concreción, por lo que no aclara las diferencias en las funciones (que es lo relevante).

Se insiste en el hecho de que al tener cada Municipio su propio Servicio de Extinción de Incendios, ello determina que las convocatorias tengan diferente contenido adaptado a las circunstancias de cada ciudad. Al respecto decir que mi representado es bombero, funcionario de carrera del Ayuntamiento de Málaga, lo que le ha supuesto tener que superar un riguroso proceso selectivo tanto a nivel teórico como práctico con numerosas referencias específicas a la ciudad de Málaga. El hecho que evidencia el trato discriminatorio del Ayuntamiento es que, respecto de dos aspirantes [REDACTED] [REDACTED] que provenían de Administraciones diferentes (Ayuntamiento de Martos y de Sevilla), no habido obstáculo y se les ha computado el tiempo de antigüedad que llevaban en sus Administraciones de origen.

- Se reiteran de contrario los requisitos para la promoción interna. Mi representado, como hemos manifestado, se ajusta a los requisitos exigidos conforme al tenor literal de las bases. Además lo respalda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia se desgrana en la sentencia de instancia de forma entendible y pormenorizada; jurisprudencia que el Ayuntamiento de Málaga desoye. Pretende que prevalezca su criterio discriminatorio, sin una base objetiva que convenza y desde luego superada por el TJUE.

Trata de hacer una interpretación, la defensa del Ayuntamiento, contraria al espíritu y a los criterios que fija la sentencia de referencia, aduciendo que la potestad de autoorganización del Ayuntamiento no admite la existencia de funcionarios interinos para las plazas del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamentos. Este extremo no lo prueba pero, en cualquier caso, la potestad de autoorganización no puede contravenir los mandatos del Tribunal Superior de la Unión Europea.

Basta una lectura de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea para entender que estamos ante un supuesto idéntico o muy similar en el que lo que se resuelve es



la cuestión de fondo planteada, que no es otra, que si los periodos de servicio prestados por un funcionario interino de una Administración Pública, deben ser tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que solo pueden participar funcionarios de carrera.

Razona la sentencia del TJUE, que existe una prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada, de modo menos favorable, que a los trabajadores fijos, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Dado que no existen razones objetivas pues las funciones ejercidas por un funcionario interino se corresponden con las ejercidas por un funcionario de carrera, no se permite justificar una diferencia de trato como la que aquí se ha denunciado.

Las normas tienen un sentido y una lógica, el requisito de la antigüedad tiene su sentido en la medida que en una promoción interna se exige tener una experiencia profesional en el grupo inmediatamente inferior, siendo irrelevante que esta experiencia (que es lo que cuenta) se haya adquirido como funcionario interino o de carrera, pues las funciones desempeñadas han sido las mismas. Este extremo también ha sido acreditado.

**CUARTO.-** La sentencia apelada, tras exponer la posición de las partes, razona la desestimación del recurso con la siguiente fundamentación:

*“.....SEGUNDO.- Fijados como han sido los hechos objeto de debate, debe resolverse en primer termino la causa de inadmisión planteada por la Administración demandada, prevista en el art. 69 c) de la LJCA en relación con los artículos 25 y 28 de la misma norma, por cuanto se dice que el acto recurrido es de mera aplicación de las bases de la convocatoria que no fueron objeto de recurso alguno.*

*Esta causa de inadmisión planteada por la Administración no puede ser acogida y ello por cuanto, si bien el acto impugnado es de aplicación de las bases de la convocatoria, la cuestión de fondo que se discute no pretende impugnar, si quiera indirectamente, dichas bases, sino que plantea mas bien una cuestión de aplicación de las mismas, concretamente si en el requisito de antigüedad de al menos dos años en la categoría de funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos, debe computarse el periodo trabajado en dicha categoría como funcionario bombero interino.*

**TERCERO.-** *Centrándonos ahora ya en el fondo del asunto, las bases generales de la convocatoria establecían como requisito que debían reunir los aspirantes: «ser funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de esta Corporación, y tener una antigüedad de al menos dos años en esta categoría» (F. 18 a 52 EA).*

*La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de Septiembre de 2011 dictada en el Asunto C-177/10, en el que era parte la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía establecía que:*

*«Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que es necesario examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los periodos de servicio prestados por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar funcionarios de carrera.*

*Como se desprende de la respuesta dada a las dos primeras cuestiones, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco incluye una prohibición de tratar, por lo que respecta a las*



condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. El apartado 4 de dicha cláusula enuncia la misma prohibición por lo que respecta a los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo.

Cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase, en particular, la sentencia de 11 de julio de 2006, [REDACTED] C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 y jurisprudencia citada).

Para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable (auto de 18 de marzo de 2011, [REDACTED] C-273/10, apartado 37).

Corresponde en principio al tribunal remitente pronunciarse sobre si, cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, el demandante en el litigio principal se hallaba en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera que, en el marco del proceso selectivo controvertido, han demostrado que tenían diez años de antigüedad en los cuerpos de funcionarios correspondientes al grupo D.

Si se comprobara que las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal como funcionario interino no corresponden a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes al grupo D exigidas en la convocatoria, de ello se derivaría que el interesado no se encuentra, en cualquier caso, en una situación comparable a la de un funcionario de carrera candidato a la promoción interna que ha cumplido en dichos cuerpos los períodos de servicio requeridos.

En efecto, la naturaleza de las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal durante los años en los que prestó servicios para la Junta de Andalucía como funcionario interino y la calidad de la experiencia adquirida en esta condición no son sólo uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia de trato con respecto a los funcionarios de carrera. Figuran también entre los criterios que permiten comprobar si el interesado se halla en una situación comparable respecto de éstos.

En cambio, si el demandante en el litigio principal hubiera cumplido como funcionario interino un período de diez años de servicio en los cuerpos de funcionarios correspondientes a dicho grupo D, o en otro cuerpo cuyas funciones se correspondieran a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes a dicho grupo, el único elemento que podría diferenciar su situación de la de un funcionario de carrera candidato al proceso selectivo controvertido sería la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vinculaba a su empleador durante el cumplimiento de los períodos de servicio como funcionario interino.

En tal caso, debería comprobarse si existe una razón objetiva que justificara que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio en el marco del proceso selectivo controvertido.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración



determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias, antes citadas, [REDACTED] apartado 57, y [REDACTED] e [REDACTED] apartado 54, y auto [REDACTED] antes citado, apartado 40).

El referido concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, [REDACTED] apartados 53 y 58, y [REDACTED] e [REDACTED] apartado 55).

La referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En efecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (sentencia [REDACTED] e [REDACTED] antes citada, apartados 56 y 57, y auto [REDACTED] antes citado, apartados 42 y 43).»

La anterior sentencia se refiere al caso de un ciudadano español que prestó servicios en la Junta de Andalucía durante más de 15 años como funcionario interino y que en 2005 tomó posesión como funcionario de carrera. En 2007 se presentó a unas pruebas de promoción interna que exigían 10 años de antigüedad como funcionario de carrera y acabó siendo descalificado al no contabilizarse su etapa de interino. De este modo, la sentencia del TJUE resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa y que es prácticamente idéntico pues el recurrente, habiendo sido funcionario bombero interino, adquirió luego la condición de funcionario bombero de carrera, y lo que pretende es que se le compute el tiempo trabajado como interino para participar en un proceso de promoción interna.

Consta del propio expediente administrativo que el recurrente tomó posesión como funcionario de carrera en plaza de bombero del Servicio de Extinción de Incendios el 1 de junio de 2021 (F 74 EA) y no ha sido hecho controvertido que el [REDACTED] fue funcionario bombero interino en la Diputación de Sevilla en la categoría exigida en la convocatoria durante un periodo superior a dos años, y así consta del documento n.º 7 de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, y aplicando la Sentencia del TJUE, debe considerarse que el demandante se encontraba en una situación comparable a la de un funcionario de carrera perteneciente al grupo exigido en la convocatoria, sin que la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la administración pública pueda constituir, por sí sola, una razón objetiva de su exclusión del proceso selectivo. Y como quiera que había adquirido la condición de funcionario de carrera cuando concurrió al proceso de promoción interna, el periodo trabajado como funcionario interino debe serle computado a efectos de antigüedad, lo que determina que proceda la estimación del recurso, anulando y dejando sin efecto la resolución recurrida por la que se prueba la lista definitiva de aspirantes



*admitidos y excluidos de la convocatoria efectuada para cubrir 209 plazas de Bombero Especialista del Servicio de Extinción de Incendios, y, valorándose esa antigüedad del recurrente en relación a los requisitos exigidos en la convocatoria, deberá la Administración aprobar nueva relación de aspirantes admitidos y excluidos. ....”*

**QUINTO.-** Contra lo expuesto en la sentencia, la Administración entiende que el recurrente no había recurrido las Bases de la Convocatoria, y que del tenor literal de las mismas se deducía que eran exigidos dos años de previa permanencia en la categoría.

Es doctrina consolidada (por todas STS del 19 de febrero de 2018, rc. 2360/2015) que las bases de la convocatoria vinculan tanto a la Administración y a sus órganos calificadores como a los aspirantes, y son la "ley del concurso" para todos ellos, no pudiendo dejarse sin efecto por ninguna de las partes en virtud de hipotéticas facultades interpretativas.

Ahora bien, también constituye doctrina reiterada (por todas la STS de 6 julio 2012, rec. 1351/2011) la relativa a que sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2º CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse. Y esta clase de resultado será de apreciar cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión.

Dado que al caso, como señala la sentencia, no es discutida la exigencia en las Bases de los mentados dos años (*«ser funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de esta Corporación, y tener una antigüedad de al menos dos años en esta categoría»*), sino que la parte recurrente plantea una cuestión de aplicación de las mismas, concretamente si en el requisito de antigüedad de al menos dos años en la categoría de funcionario de carrera bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos, debe computarse el periodo trabajado en dicha categoría como funcionario bombero interino, la causa de inadmisión está correctamente solventada en la sentencia.

**SEXTO-** En cuanto al fondo de la litis, a sentencia apelada constata *que el recurrente tomó posesión como funcionario de carrera en plaza de bombero del Servicio de Extinción de Incendios el 1 de junio de 2021 (F 74 EA) y no ha sido hecho controvertido que el [REDACTED] fue funcionario bombero interino en la Diputación de Sevilla en la categoría exigida en la convocatoria durante un periodo superior a dos años, y así consta del documento n.º 7 de la demanda, y estima el recurso con fundamento exclusivo el la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de Septiembre de 2011 dictada en el Asunto C-177/10, en el que era parte la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.*

Sin embargo esta sentencia del TJUE se refiere a un funcionario de la Junta de Andalucía que, dentro de esa misma Administración Pública, llevaba quince años como funcionario interino, supuesto sustancialmente diverso al de autos partiendo de los hechos probados que la sentencia fija.

Las Bases Específicas de la convocatoria de 209 plazas de Bomberos Especialista incluidas en la Oferta de Empleo Público del año 2020, para cuyo acceso se requería *“ser funcionario*





*de carrera Bombero del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de esta Corporación y tener una antigüedad de, al menos, dos años en esta categoría”*

Por tanto se trata de la convocatoria de puestos de promoción interna en que la exigencia de dos años de antigüedad en la categoría de bombero de carrera de Málaga y no de otro lugar, es racional desde el momento en que implica el conocimiento del terreno en que se ha de actuar a menudo con mucha urgencia adquirido por dos años de prestación del servicio en Málaga y no en otro lugar.

No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23y103 CE), rigen no sólo en el momento del acceso a la función pública sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, son aplicables a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983,15/1988y 47/1989 ), aunque, lo cierto es que también es diferente el rigor e intensidad con que en este último caso operan tales principios, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991y 200/1991)

Por tanto la apelación debe ser estimada y el recurso contencioso-administrativo desestimado.

**SÉPTIMO-** Dado el sentido del fallo no procede la imposición de costas de esta segunda instancia ( art. 139.2 Ley 29/98) y procede imponer el pago de las costas de la primera instancia a la parte recurrente (art. 139.1 Ley 29/98 en redacción dada por Ley 37/2011.

#### FALLAMOS

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

**PRIMERO.-** Estimar el presente recurso de apelación promovido en nombre del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, frente a la sentencia n ° 100/2023, de 31 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número OCHO de Málaga, al PA 129/22, que revocamos, sin imposición de costas de esta segunda instancia.

**SEGUNDO.-** Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de [REDACTED] frente al Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, en sesión ordinaria celebrada el día 18 de marzo de 2022, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra las listas definitivas de aspirantes admitidos y excluidos, relativas a la convocatoria efectuada para cubrir 209 plazas de Bombero Especialista del Servicio de Extinción e Incendios (OEP 2020), por promoción interna, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte recurrente.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89.2 de





LJCA .

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

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





