

## Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 09 de Madrid

C/ Gran Vía, 19 , Planta 1 - 28013

NIG:

### Procedimiento Abreviado 213/2020 D

**Demandante/s:**

PROCURADOR D./Dña.

**Demandado/s:** AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

### SENTENCIA Nº 141/2021

En Madrid, a 12 de mayo de 2021.

Vistos por mí, D. , Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de los de Madrid, los presentes autos de **procedimiento abreviado** registrados con el número **213/2020** en los que figura como parte **demandante el** representado por la procuradora D<sup>a</sup> y dirigido por el letrado D. , y como **demandado el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN** representado por el LETRADO CONSISTORIAL, contra la impugnación de la resolución desestimatoria por silencio administrativo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, por la que se desestima la solicitud para que se declare la anulación de la comisión de servicios acordada por el Ayuntamiento a favor de D.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación del recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa arriba referenciadas.

**SEGUNDO.-** Dado traslado del recurso a la entidad demandada se sustanció por los trámites del Procedimiento Abreviado habiéndose solicitado por la representación de la Administración demandada sentencia desestimatoria.

**TERCERO.-** En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto del presente recurso la impugnación de la resolución desestimatoria por silencio administrativo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, por la que se desestima la solicitud para que se declare la anulación de la comisión de servicios acordada por el Ayuntamiento a favor de D.

**SEGUNDO.-** Alega la parte actora la falta de motivación de los actos que ha conformado el sistema para designar a los funcionarios habilitados objeto de este recurso y como consecuencia de tal falta de motivación, se ha producido la desviación de poder.

La Administración se opone a la pretensión de la recurrente, y aunque no lo dice abiertamente, considera que se trata de actos discrecionales adoptados ante una situación de urgencia. Además considera que para cubrir este tipo de puestos a través del sistema seguido no es necesario seguir los trámites como sí se tratara de un sistema del acceso a la función pública.

El art. 35 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, LPACAP, exige que los actos administrativos sean motivados atendiendo al objeto de los mismos o debido a que concurran en ellos determinadas circunstancias. La motivación comporta poner en conocimiento del destinatario del acto, y para constancia general, las razones fácticas y jurídicas que apoyan el sentido del mismo. La motivación se puede considerar como un elemento reglado del acto administrativo. La motivación cumple una triple funcionalidad:

- Como exigencia que permite el control indirecto de la opinión pública.
- Permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada.
- Y, por último, como medio para realizar el control jurisdiccional de los actos administrativos.

En este sentido, la STS de 13 de febrero de 1992 decía: *“La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración.*

*Pero en el terreno formal —exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo— no es solo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con*



*posibilidad de criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración —art. 106.1 de la Constitución— que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios”.*

Matizando la STS de fecha 30 de octubre de 2013 (rec. 2325/2011) lo siguiente: “*El estudio del motivo de casación II exige estas consideraciones que continúan sobre el requisito de motivación de los actos administrativos cuando este es legalmente exigible: (I) que su finalidad es ciertamente dar a conocer las razones de la concreta decisión adoptada por la Administración para facilitar su impugnación; y (II) que, al no estar sometida tal motivación a unas concretas pautas formalistas, lo decisivo para tenerla por debidamente realizada será ponerla en relación con los elementos obrantes en las actuaciones y, valorando conjuntamente dichos elementos y el contenido de la motivación que haya sido ofrecida, constatar si son claramente visibles las razones en que la Administración ha fundado su decisión”.*

El apdo. 1 del art. 35 LPACAP comienza diciendo que “*serán motivados, con sucinta referencia (...)”*, lo que ha de interpretarse que exige una motivación no muy profunda y extensa, basta con que sea racional y suficiente y contenga una referencia de hechos y fundamentos de derecho. Criterio mantenido por la STS de 7 de noviembre de 2011: “*Los límites y el alcance de lo que debe ser una adecuada o suficiente motivación, puede bastar una justificación escueta y concisa, siempre que permita al destinatario del acto (...) conocer el contenido, el sentido y el motivo de lo resuelto a los específicos efectos de su ulterior impugnación. Debe recordarse así que, según se desprende de una muy consolidada doctrina jurisprudencial —la contenida, entre otras muchas, en las sentencias de esta Sala Tercera de fechas 10 de marzo de 2003 (recurso 7083/1997), 7 de junio de 2005 (recurso 2775/2002), 16 de diciembre de 2009 (recurso 2375/2006) y 2 de junio de 2011 (recurso 2787/2008)—, los postulados constitucionales y legales de la exigencia de motivación, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 24.1 de la Constitución —motivación judicial— y 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común —motivación administrativa—, no requieren, siempre y necesariamente, que se dé respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas, bastando con que sean objeto de específico tratamiento aquellas que resulten esenciales para comprender el sentido de la correspondiente decisión, así como las que tengan carácter fundamental y ciertamente decisivo para la pretensión en cada caso ejercitada”.*



Y no es suficiente la motivación en el supuesto al que hace referencia la STS de 31 de mayo de 2012: *“La utilización de expresiones tan genéricas y carentes de una clara y concreta exposición de las razones que han llevado a la Comisión Técnica, y por extensión al órgano administrativo que resuelve, a excluir determinadas inversiones y admitir otras impide a la parte defenderse y combatir el acierto o desacierto de la decisión adoptada, impidiendo además la existencia de un control posterior sobre la decisión adoptada. Y son precisamente estos los objetivos que persigue la exigencia de motivación pues es conocida la jurisprudencia que señala que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituyen una garantía esencial, en la medida que la exteriorización de los razonamientos que llevan a adoptar una decisión permiten apreciar su racionalidad, además de facilitar el ulterior control de la actividad por los órganos superiores, y consecuentemente mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante los recursos que en cada supuesto procedan (por todas, SSTC 62/1996, 175/1997, 200/1997, 116/1998 y 128/2002)”*.

Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales han de ser motivados como se encarga de señalar el art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPACAP-

La doctrina ha señalado que la motivación de la decisión marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta.

El Tribunal Supremo ha declarado que la prohibición de la arbitrariedad exige a los poderes públicos que funden sus decisiones en criterios de racionalidad, afirmándose que la discrecionalidad no es arbitrariedad, y el uso de la discrecionalidad no puede degenerar en la arbitrariedad prohibida por el art. 9 CE (SSTS de 16 de mayo de 2001 y de 7 de julio de 1995). Ambos conceptos son antagónicos entre sí (STS de 21 de noviembre de 1985), por lo que, en palabras de la STS de 13 de julio de 1984, nunca es permitido confundirlos, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una cualidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro ratione voluntas*, o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad.



El único punto de referencia con el que cuenta el operador jurídico para contrastar la adecuación del acto al “fin fijado por el ordenamiento jurídico” y apreciar, en su caso, la concurrencia de una “desviación de poder” es el razonamiento y la fundamentación jurídica que es propia de la motivación. Aunque sea a través de una motivación “escueta y sucinta”, el Juez puede reconstruir todos los elementos objetivos del acto administrativo y determinar su adecuación a los fines previstos en la ley. Por ello un acto dictado “en el ejercicio de potestades discrecionales” si no es motivado es forzosamente arbitrario y, como tal, ilegal. Solo con una motivación adecuada se impide utilizar las potestades administrativas para fines distintos de los otorgados por el ordenamiento jurídico.

A partir de la STS de 29 de mayo de 2006 se apunta la necesidad de motivación en la elección de cargos judiciales. Pronunciándose en el mismo sentido las SSTS de 27 de noviembre de 2006, de 27 de noviembre de 2007, de 17 de enero de 2008, de 7 de febrero de 2011 y de 19 de julio de 2011.

En esta última sentencia se especifica el contenido que ha de tener la motivación:

1º Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico.

2º Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico.

3º Expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Y estos criterios deben extenderse a cualquier otro ámbito. Así lo entendió el TS, en Sentencias de 19 de noviembre de 2008 y de 1 de junio y 14 de septiembre de 2009, aplicable a los nombramientos universitarios.

En materia de puestos de trabajo, la STS de 28 de noviembre de 2011 dice:

*“Porque reconoce que se enfrenta a una actuación municipal ejercida en virtud del ejercicio de sus potestades discrecionales, busca la motivación de la creación en las condiciones en que se hizo de los nuevos puestos de trabajo y de la modificación de los complementos de los que ya existían y, al no encontrarla en el expediente, viendo confirmado en el proceso que no existía, así lo declaró. Y es que debía constar una explicación de las razones por las que se creaban del modo en que se hizo tales puestos y de las que aconsejaban el cambio en las retribuciones complementarias de los que ya existían y las vieron alteradas. No se trata, pues, de la suficiencia o insuficiencia de una motivación en todo caso existente, sino de la inexistencia de la que debió haber”.*



Por último, y en cuanto a la desviación de poder se debe señalar lo siguiente:

El art. 34 exige que el contenido del acto se adecue a los fines del mismo. Los móviles de todo acto administrativo deben adecuarse a los fines para los que han sido determinados; en caso contrario, se producirá la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (art. 70.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998). En definitiva, la desviación de poder es un vicio del acto administrativo consistente en el ejercicio por un órgano de la Administración Pública de sus competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron para otorgar esas competencias o potestades, pero amparándose en la legalidad formal del acto.

La STJCE de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/2001, *The Queen contra Imperial Tobacco Ltd. y otros*, declaraba: *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acto solo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/1988, Rec. pg. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/1993, Rec. pg. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/1996 P, Rec. pg. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/1997, Rec. pg. I-198763, apartado 137)”. En igual sentido, STJCE de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01.*

El Tribunal Supremo señala que deben considerarse como notas caracterizadoras de la desviación de poder, resumidas en las SSTS de 2 y 12 de abril de 1993 y de 22 de abril de 1994, las siguientes:

a) El ejercicio de las potestades administrativas, a que afecta como límite la desviación de poder abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos en la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto (art. 1.2 LJCA y, en la actualidad, art. 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

b) El ámbito más específico para su desarrollo es la actividad discrecional de la Administración, pero no existe obstáculo apriorístico para que se aplique a la actividad



reglada, ya que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del ordenamiento jurídico por desviación del fin público específico asignado por la norma e ilegalidad en los elementos reglados del acto (STS de 8 de noviembre de 1978).

c) La desviación de poder, aunque pueda concurrir con otros vicios de nulidad del acto, es independiente de estos, habiendo señalado la jurisprudencia que “las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término” (STS de 10 de noviembre de 1983).

d) Siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —art. 1.249 del Código Civil— de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano —art. 1.253 del Código Civil— derive la persecución de un fin no previsto en la norma (STS de 10 de octubre de 1987).

e) La prueba de los hechos que sirven de soporte a la desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidante del acto (art. 1.214 CC), aunque la regla debe conjugarse con el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe procesal, considerando que hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditamiento para la otra (STS de 23 de junio de 1987).

f) Es preciso la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el ordenamiento jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que es apreciable tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella (SSTS de 11 de octubre de 1993 y de 22 de abril de 1994).

Pues bien, con fecha 11 de abril de 2019 el Jefe de la Policía Municipal del Ayuntamiento demandado emite una Orden en la que se determina la posibilidad de que se habilitaran policías municipales para cubrir de manera provisional la jubilación de una serie de oficiales, determinando como plazo límite para presentar currículum el 18-4-2019-

El Intendente Jefe de la Policía el día 4-3-2019, es decir antes de la decisión de la necesidad de habilitar a policías, emite un informe en el que señala quienes son los policías concretos que propone para que sean habilitados. Y el día 23-5-2019 el mismo Jefe emite un



informe ampliatorio en el que ya se asigna a cada uno de dichos policías, los turnos correspondientes.

El día 12-6-2019 el departamento de recurso humanos del Ayuntamiento emite un informe en el que considera oportuno nombrar en comisión de servicio a los policías predeterminados por el Intendente.

El día 26-6-2019 el Primer Teniente de Alcalde resolvió nombrar en comisión de servicios por un plazo de un año a los policías que ya había determinado el Intendente.

Las jubilaciones de los funcionarios para los que se habilitaba a otros funcionarios, estaban previstas para el mes de junio de 2019, noviembre de 2019 y marzo de 2010.

Todo lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que, por una parte no existía urgencia para cubrir todas las jubilaciones, y por otra, que el Ayuntamiento antes de resolver el concursillo, no solamente ya había dicho quien eran los policías que iban a ser habilitados, sino que también se les había ya asignado el turno concreto en el que desempeñarían sus funciones cada uno de ellos. Todo ello pone de manifiesto que el derecho de participar en igualdad de condiciones era una mera pantomima, para poner de alguna manera de manifiesto, que se había ofertado las habilitaciones con el fin de que pidieran presentar sus solicitudes cualquier funcionario que reuniera los requisitos, pero sin que tuviera la oportunidad de ser elegido.

En otro orden de cosas, se ha de indicar, a pesar de lo dicho ya, que no consta la mínima motivación que ponga de manifiesto que los funcionarios elegidos disponían de mayores méritos que el resto de los que se presentaron. Ya hemos señalado anteriormente los requisitos de la motivación de los actos en general y de los actos discrecionales en particular, y de lo que allí se ha dicho se llega a la conclusión de que no existe dato alguno del que pueda disponer este juzgador para determinar si ha habido una motivación suficiente, al menos, por una parte; y por otra, que pudiera poner de manifiesto que los elegidos contaban con mejores méritos, lo que hubiera podido dejar sin efecto una posible desviación de poder.

**TERCERO.-** Por tanto, procede estimar el recurso, con imposición de costas a la parte demandada por imperativo del art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación



## FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el frente a la resolución impugnada por no ser conforme a derecho, declarando su nulidad. Con imposición de costas a la Administración.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndoles que deberá constituir depósito de . Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº , especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso

que se trata de un “Recurso” 22 Contencioso-Apelación ( euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), lo que deberá ser acreditado al presentarse escrito de interposición del recurso, bajo el apercibimiento e que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y que de no efectuarlo se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de los de Madrid.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria firmado