

SENTENCIA Nº 222/15

En la Ciudad de Palma, a dos de julio de dos mil quince.

NOTIFICADO  
07 JUL. 2015

Vistos por Doña Sara Oliver Zamora, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. Uno de los de Palma de Mallorca, los presentes autos de **Procedimiento Abreviado núm. 228/2014**, interpuesto por el Procurador Don Antonio Colom Ferrá, en nombre y representación de I. contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Son Espases, de fecha 14 de mayo de 2014 por la que se convoca para la provisión, por el procedimiento de libre designación, de una jefatura de sección asistencial del hospital de Son Espases, siendo parte demandada el **SERVICIO DE SALUD DE LAS ISLAS BALEARES**, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios jurídicos, siendo la cuantía del recurso, indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Procurador Don Antonio Colom Ferrá, en nombre y representación de I., se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución arriba identificada. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente y convocar a las partes al acto del juicio.

**SEGUNDO.-** Celebrado el acto del juicio, con la asistencia de las partes mencionadas en el acta, el recurrente se ratificó en su escrito de demanda, y se opuso la Administración demandada, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, practicándose la prueba que fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo debido a la carga de trabajo que soporta este Juzgado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por el recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare, 1) no ser conforme a derecho la Resolución impugnada al haber infringido el ordenamiento jurídico, 2) se declare la anulabilidad o la nulidad de pleno derecho de la convocatoria impugnada al no haber sido publicada debidamente en el BOIB y por establecer el sistema de libre designación para la provisión del puesto convocado, 3) se condene a la Administración demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus consecuencias de todo orden, 4) se impongan las costas a la Administración demandada.

En apoyo de sus pretensiones fundamenta la parte actora su demanda en, 1) nulidad de pleno derecho de la convocatoria objeto de recurso por vulneración del principio de publicidad, por inaplicación del artículo 29.1. a) de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud y del artículo 55, 78.1 y 80.1 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como del artículo 23.2 de la CE, 2) Inadecuación del procedimiento de libre designación para la provisión de todos los puestos de jefe de servicio y jefe de sección.

En contra de lo manifestado por la recurrente, la Administración se remitió al Expediente Administrativo, solicitando una sentencia conforme a derecho.

**SEGUNDO.-** En cuanto al primer motivo de impugnación, sostiene la parte actora que el requisito de publicidad suficiente de toda convocatoria, no se cumple con la mera exposición de la convocatoria objeto de recurso, en el tablón de anuncios del Hospital Universitario de Son Espases, o en su página Web, sino que tal requisito de publicidad exige la publicación de la Resolución en el Boletín Oficial de las Islas Baleares.

Efectivamente consta, que la Resolución por la que se convoca, por el procedimiento de libre designación, la provisión de una jefatura de sección asistencial del hospital de Son Espases, tan solo se hizo pública mediante publicación en la página Web del citado Hospital, con posterior comunicación, vía correo electrónico, a los diversos Sindicatos.

En este sentido decir que la publicidad de la convocatorias es condición de eficacia en términos jurisprudenciales exigentes, así con carácter general, la STC 85/1983 ya deja claro que la publicidad *no es una formalidad irrelevante, ni cuestión de cortesía, sino que resulta esencial para conseguir desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, el servir de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, derecho este incluido en el catalogo de los derechos fundamentales (artículo 23.2 CE), y desde el lado de la Administración, el satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de los aspirantes.*

En el mismo sentido se ha pronunciado el STSJ de Valencia de 24-3-01 , *el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública ( art. 23.2 CE ) conforme a los principios de mérito y capacidad exige, ciertamente, que las correspondientes convocatorias se publiquen, según las previsiones de la normativa aplicable en cada caso, para garantizar la participación de cuantos interesados, cumpliendo los requisitos exigidos, decidan acceder a la función pública acreditando los méritos que sean titulares. Por lo tanto, en principio y como regla general, la publicidad es un requisito esencial de todo proceso selectivo, sin el cual, la igualdad queda limitada de forma inconstitucional con la consiguiente violación del citado derecho fundamental, lo que de ocurrir, comporta, la nulidad plena o radical de la convocatoria. Siendo ello así, hay que precisar, no obstante, que, en determinadas circunstancias y cuando la Ley lo autorice, la convocatoria puede limitarse a determinado ámbito territorial, y que, además, el pleno respeto y vinculación del derecho fundamental, de se trata, se imponen en la provisión definitiva de puestos de trabajo.*

En definitiva, el principio de publicidad es uno de los principios esenciales de todo proceso de selección, y en consecuencia la falta de publicidad implica la nulidad del procedimiento, *siendo un elemento imprescindible de exteriorización de la convocatoria (STC 85/1993) e indispensable para posibilitar que aquellos principios de igualdad, mérito y capacidad efectivamente se cumplan.*

Así, ante la ausencia de regulación específica, se ha de entender que el medio de publicidad será el correspondiente a la Administración convocante; en el caso de la Administración del Estado será el BOE, en el caso de las Administraciones Autonómicas será el Diario Oficial respectivo, y en el caso de las Administraciones Locales, las Bases se insertaran en el Boletín Oficial de la Provincia o en su Diario Oficial, si lo hubiere.

Por todo ello y conforme a lo anterior, se estima que la publicación de la convocatoria únicamente en la página Web de la Administración convocante es insuficiente, por cuanto si bien es cierto podría constituir un cauce complementario, en ningún caso sustituye la

publicación por cauce oficial en el Boletín correspondiente, extremo que en este concreto caso se ha omitido, siendo ello contrario a derecho.

**TERCERO.-** En relación al segundo motivo de impugnación, sostiene la parte actora que, aunque el Decreto 87/2006 establezca que los puestos de Jefe de Servicio y Jefe de Sección asistencial sanitario se proveerán por el sistema de libre designación, tal disposición es contraria a derecho, por cuanto ninguna motivación presenta el citado Decreto que justifique la generalización del sistema de libre designación para todos los puesto de jefes asistenciales. Esgrime igualmente, que el artículo 29.3 del Estatuto Marco establece que en cada servicio de salud se determinaran los puestos que puedan ser provistos mediante libre designación, así el Decreto 87/2006, tres años mas tarde, determina que todas las jefaturas de servicio y de sección asistencial son de libre designación, resultando lo anterior contrario a la esencia del sistema de libre designación que es excepcional y no generalizado.

En este sentido el Tribunal Supremo ha dicho en numerosas ocasiones que los puestos de trabajo cuya provisión por funcionarios se efectúa por libre designación han de ser excepcional y restrictiva. Los especialísimos casos en que resulta conveniente tal régimen de provisión han de ser motivados singularmente, y así lo ha expuesto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 2009 (rec.4188/2005) que expresa con claridad:

*“Por el contrario, es coherente con la jurisprudencia de la Sala que recuerda el carácter excepcional que la Ley asigna a este sistema de libre designación y en la necesidad de que, cuando se considere necesario acudir a él, se haga también excepcionalmente, y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse[sentencias de 11 de marzo de 2009 (casación 2332/2005), 9 de febrero de 2009 (casación 7168/2004), 10 de diciembre de 2008 (casación 10351/2004), 24 de septiembre de 2008 (casación 5231/2004), 2 de julio de 2008 (casación 1573/2004), 7 de abril de 2008 (casación 7657/2003), 17 de diciembre de 2007 (casación 596/2005), 17 de septiembre de 2007 (casación 5466/2002), 16 de julio de 2007 (casación 1792/2004), entre otras]. Es esa motivación la que la sentencia recurrida echa en falta. Y, desde luego, no es apreciable, como parece sugerir la Comunidad de Madrid en la descripción de los rasgos de los puestos de trabajo controvertidos que puede obtenerse de las propias relaciones y, en general, del expediente administrativo. Por lo demás, ni la circunstancia de que se trate de puestos con nivel 26, ni la posición que les corresponda en la organización administrativa son razones que, por sí mismas, sirvan para justificar la opción seguida sobre su provisión por la Comunidad de Madrid. La naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad que puedan implicar tales puestos son las razones que podrían, en su caso, hacerlo, pero se trata de extremos que no pueden presumirse, sino que su concurrencia debe ser explicada de*

*manera suficientemente precisa y particularizada por la Administración, cosa que, insistimos, no se ha hecho. "*

En lo que se refiere a este caso, ha expuesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de Julio del 2007 (rec.1792/2004) que rechaza que puedan calificarse de directivas todas las Jefaturas de Servicio y se considera insuficiente una motivación puramente descriptiva de las funciones:

*" no está diciendo que todos los de ese tipo, por ejemplo, de Subdirector General o de Delegado o Director" regional o provincial, pueden, por el solo hecho de serlo, ser provistos de ese modo excepcional ya que, también respecto de ellos rige la exigencia de que la naturaleza de sus funciones comporte carácter directivo o especial responsabilidad. Y, naturalmente, será preciso justificarlo, lo cual requerirá de una motivación más o menos intensa según cuál sea el puesto en cuestión. Así, por ejemplo, no será la misma la que haga falta cuando se trate de la Secretaría de de un alto cargo, o de uno de sus asesores, que cuando se trate de una Subdirección General.(...)*

De todo lo anterior se deduce que únicamente razonándolo, cabe acudir a la libre designación, por lo que, conforme a la jurisprudencia anterior y no quedando acreditado que en la convocatoria objeto de recurso se hubiera justificado convenientemente que el puesto de Jefe de Sección deba de ser cubierto por el procedimiento de libre designación, procede estimar el presente recurso.

**CUARTO.-** Dada la especial naturaleza de la cuestión suscitada en materia de extranjería y la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales dispares, no procede la imposición de costas, conforme al artículo 139 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

**DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Antonio Colom Ferrá, en nombre y representación de [REDACTED] contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario de Son Espases, de fecha 14 de mayo de 2014 por la que se convoca para la provisión, por el procedimiento de

libre designación, de una jefatura de sección asistencial del hospital de Son Espases, anulándola en su integridad.

**Sin costas.**

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para la Ilma. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de quince días, a contar a partir del siguiente a la notificación efectuada, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente, lo pronuncio, mando y firmo.