

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

SECCION SEGUNDA

ROLLO DE APELACION Nº 1966/2018

SENTENCIA Nº 446/2020

Ilmos. magistrados.

D. Fernando de la Torre Deza

D. Santiago Macho Macho

D^a Belén Sánchez Vallejo

En la ciudad de Málaga a seis de Marzo de 2020

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 1966/2018 interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de Málaga en el que es parte apelante [REDACTED] representado por el procurador D. Álvaro Jiménez Rutllant, y parte apelada el Ayuntamiento de Málaga, asistido por la letrada D Rosalía Budría Serrano, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de Junio de 2018, en el recurso contencioso-administrativo nº 1966/2018, interpuesto por el procurador D. Álvaro Jiménez Rutllant, en la representación indicada, se dictó sentencia en la que se desestimó el recurso interpuesto contra el Decreto del Teniente Alcalde Delegado de Recursos Humanos y Calidad de fecha 16 de Agosto de 2016 que



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anuncio publicado en el portal interno del Ayuntamiento de Málaga el 27 de Junio de 2016, para la cobertura en comisión de servicios interna del puesto de trabajo "Jefe de Grupo de Recursos del Área de Gestión de Ingresos" y contra el anuncio publicado en dicho portal el 27 de Junio de 2016 para la cobertura en comisión de servicios interna del puesto "Jefe de negociado Económico Administrativo del Área de Igualdad de Oportunidades".

SEGUNDO: Contra dicha sentencia, con fecha 2 de Julio de 2018, la parte demandante interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a la parte apelada que se opuso al mismo

TERCERO: Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el numero anteriormente consignado, personándose en él las partes apelantes y la parte apelada.

CUARTO: No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 3 de Julio de 2019, suspendiéndose la misma a fin de dar audiencia a las partes sobre la procedencia o no de anular las actuaciones. Cumplido lo anterior se señaló nueva deliberación el 19 de Febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones antes mencionadas, es ajustada o no a derecho, entendiendo al parte apelante que no lo es y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque la sentencia incurre en el vicio de incongruencia en cuanto a que no hay ajuste entre la sentencia dictada por la Sala el 19 de Marzo de 2018 y el supuesto de autos, pues no existe urgencia inaplazable para cubrir el puesto de trabajo, ni hay temporalidad en el nombramiento, pues el Ayuntamiento lleva más de 15 años utilizando con carácter "provisional" la figura de la comisión de servicios, a la par que en la convocatoria no se describen las funciones del puesto de trabajo, limitándose a hacer constar su denominación.

En segundo lugar, porque han existido defectos formales en la convocatoria, entre ellos el no informarse a la parte de los recursos que podía utilizar, los cuales, si bien son subsanables, han hecho que tuviese que acudir a la Jurisdicción poniéndose así de relieve una conducta torticera de la Administración.

En tercer lugar, porque aparte de que lo que se recurrió no fue solamente el anuncio de la convocatoria, sino que se recurrió el contenido y resultado de la convocatoria, ésta es inconcreta y genérica, hasta el punto de no concretarse ni las funciones de los puestos de trabajo, no los méritos a tener en cuenta, todo lo cual hace que no se esté atendiendo al interés general permitiendo que se presente cualquier empleado municipal de los niveles profesionales señalados.

En cuarto lugar, porque se lleva usando de manera general, excusándose en el hecho de no estar aprobada la RTP, el sistema de la comisión de servicios durante mas de 15 años, sin permitirse el concurso de méritos, aunque sea provisional.

En quinto lugar, porque con el sistema seguido se ha tratado de favorecer a una persona, en concreto a [REDACTED] por todo lo cual intereso la revocación de la sentencia dictada y el dictado de otra por la se estimase el recurso contencioso administrativo interpuesto

A todo ello se opuso la parte apelada que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que en la sentencia constan, intereso la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Antes de entrar a conocer sobre los motivos alegados por la parte hoy apelante y recurrente en la instancia, vista la naturaleza y alcance procedimental de la cuestión que la Sala planteo a las partes en el auto dictado el 10 de Septiembre de 2020, que no es otra que determinar si resultaba procedente o no anular las actuaciones, la misma ha de ser resuelta en el sentido de entender no necesaria la nulidad de las actuaciones y ello por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, porque si bien es cierto que en el escrito de demanda, el hoy apelante hizo constar expresamente que el acto que recurría era el Decreto de 16 de Agosto de 2016, al no ser lo menos que en el suplico intereso, aparte de otros pronunciamientos que "se revoquen los nombramientos llevados a cabo, si es que lo han sido", hay que entender que el recurso, interpuesto contra el mencionado Decreto, se ampliaba a los nombramientos que pudiesen producirse, cuestión distinta a que, para el supuesto de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

que se desestimase el recurso contra el Decreto y se entrase a conocer sobre los nombramientos,. La pretensión resultase falta de toda motivación.

En segundo lugar porque, si bien el T.S establecido en la sentencia de " la demanda, donde se ampliaba el objeto del recurso contencioso administrativo, puede ser tomada como una solicitud implícita de ampliación del recurso contencioso administrativo (artículo 36 de la L. Jurisdiccional 29/98), y la Sala de instancia debió tramitar la solicitud de ampliación en la forma que aquél precepto regula, lo que conduce a la reposición de actuaciones, tal como solicita la Corporación aquí recurrente (artículo 95-2-c) de la L. Jurisdiccional 29/98)", en el actual caso no es preciso anular las actuaciones pues una vez que consta que el Ayuntamiento contesto fundamento de derecho 5º de su escrito de contestación, obrante al folio 90 de los autos -- para oponerse a la pretensión, así como que se emplazó a la persona nombrada, [REDACTED]

[REDACTED] para que pudiese personarse a fin de defender sus intereses, nada obsta, en aras al principio de economía procesal, que se haga innecesario reponer las actuaciones al momento en que dicha ampliación tuvo lugar.

TERCERO: Resuelta la anterior cuestión procedimental, y entrando a conocer conjuntamente de los motivos alegados por la parte apelante, y dejando a un lado el relativo al hecho de que no se le informo de los recursos que podía interponer, pues un aves interpuestos, carece de objeto y trascendencia, el recurso ha de ser estimado ha de ser estimado en lo concerniente a que en la convocatoria y en el nombramiento de [REDACTED] no se respetaron las condiciones mínimas para entender correctamente ofertadas las vacantes a través del sistema de comisión de servicios, no así en el resto, y ello por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, por lo que respecta al vicio de incongruencia, porque, aun cuando el juzgador de instancia, en un supuesto de terminado, se aparte de lo establecido por un tribunal de superior categoría, ello en ningún caso podría constituir vicio de incongruencia, pues éste tiene lugar cuando pronunciamiento judicial, bien por exceso, bien por defecto o porque se aparte de la causa de pedir, no se ajusta a lo interesado por las partes, lo que no ocurre en el caso que se contempla, en el que el juzgador resuelve la controversia ateniéndose a lo interesado por recurrente.

En segundo lugar, porque, en orden a si era urgente el cubrir los puestos de trabajo a través de una comisión de servicios,

porque, una vez que la Administración así lo consideró, no es suficiente, para entender lo contrario, ni con afirmar que el puesto de trabajo llevaba mas de quince años sin cubrir, pues ello hubiese requerido de la prueba oportuna, ni que de dicho sistema de cobertura se viene utilizando de manera abusiva, pues ello, aparte de la necesaria probanza, y aun cuando así se acreditase, por si mismo no conllevaría que las comisiones de servicio que se discuten en la litis no respetaron la legalidad, o dicho en otros términos, ni es objeto del proceso, ni podría serlo, pues no es cometido de la jurisdicción, enjuiciar ni la forma de actuar, ni comportamientos de las instituciones.

En tercer lugar, porque, si bien, en orden a la cuestión relativa a si se respetó en su integridad el principio de publicidad, porque, aun cuando consta que efectivamente, ambas comisiones de servicios fueron dadas a conocer a través del Anuncio publicado en el Portal Interno, ello, por sí mismo no cubre enteramente el requisito de la publicidad, pues éste no se agota en el simple hecho de ofertar un puesto de trabajo, sino que debe, al menos sucintamente, de describir las funciones propias del puesto a cubrir, pues a falta de una relación de puestos de trabajo, es la única forma de que cualquier interesado pueda no solo decidir si le interesa, sino también de acreditar los méritos que pueda tener para que le sea concedida a él, no encontrándose una explicación satisfactoria ni al hecho de que, por lo que respecta a la comisión de servicios del Área de Gestión, en la propuesta de resolución de hagan constar las funciones, y no se haga constar en el anuncio de la oferta de la comisión, ni al hecho de que, por lo que respecta a la comisión para el Área de Igualdad de Oportunidades, no se exponga en ningún momento su cometido.

En cuarto lugar porque como ha establecido esta Sala, en la sentencia dictada el 18 de Septiembre de 2015, " si bien es cierto que la comisión de servicios es un procedimiento singular en cuanto que a su través de lo que se trata es de cubrir temporalmente un puesto de trabajo por razones de urgente e inaplazable necesidad, ello no autoriza, pues no hay incompatibilidad, a que se prescinda, a la hora de seleccionar el funcionario que vaya a cubrirlo, de cualquier sistema de selección que suponga quebrantar el principio de igualdad en el acceso a la función pública establecido en el art 23 de la Constitución y como reflejo de éste, de los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en el art 78 de la ley 7/07. En segundo lugar porque, una vez que el citado art 78 establece la aplicabilidad de dichos principios a toda provisión de

puestos de trabajo, nada obsta a que también se apliquen a la provisión a través de una comisión de servicios pues dicho sistema es una forma de provisión de puestos de trabajo como así se deduce del hecho de que se regule en el capítulo IV del título III del RD 364/1995 como "otras formas de provisión", no pudiendo argüirse en su contra lo resuelto también por esta Sala, si bien otra Sección, en la sentencia dictada el 19 de Marzo de 2018, sentencia en la que apoya su razonamiento del Juzgado de instancia, pues, no solo no es dable confundir los términos "merito", entendido este como "valor o importancia que tiene una persona", con "requisito", entendido como "cualidad, circunstancia o cosa que se requiere para algo", sino porque además, para poder resolver acerca de si si una persona es la más idónea para un concreto puesto de trabajo, haya que determinar las funciones de éste y los antecedentes laborales de los candidatos, pues no entenderlo así el sistema se convertiría subrepticamente en uno de libre designación, sistema éste que, establecido para supuestos singulares, si se utiliza para casos no previstos, puede conducir a arbitrariedades impropias en los tiempos actuales

En quinto lugar, y al hilo de lo anterior, pues lo acontecido hay que analizarlo en su conjunto, porque, una vez que en la propuesta de resolución del candidato que se consideró idóneo para la comisión de servicios el Área de Gestión, [REDACTED] se hacían constar una amalgama de méritos cuya relevancia al caso no resulta entendible, como es el valorar como tales el tener una formación específica sobre régimen jurídico de la ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, o expedientes sancionadores en parques y jardines o el desarrollar desde Diciembre de 2010 tareas administrativas relacionadas con los requerimientos de puestos de trabajo, y en la de Igualdad de Oportunidades una serie conocimientos de informática o idiomas, que si bien son loables, no se alcanza a comprender que relevancia específica tienen para dicha comisión, omitiendo toda referencia a los méritos que con relación a sus funciones pudiese tener, no puede sino concluirse que la oferta de la comisión de servicios no respeto los límites mínimos para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que es trasladable al nombramiento que para cubrir dichos puestos de trabajo se hizo a favor de [REDACTED]

CUARTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas en la instancia, vista la estimación del recurso procede condenar a su

pago a la parte recurrida, no así en lo que respecta a las causadas en la apelación, pues vista la estimación del recurso, no procede hacer especial pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Álvaro Jiménez Rutllant, en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada el 11 e Junio de 2018, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 7 de Málaga, en autos nº 591/2016 y en consecuencia, revocándola, estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulamos el Decreto de 16 de Agosto de 2016 del Ayuntamiento de Málaga, por el desestimó los recursos de reposición interpuestos contra los Decretos de 27 de Junio de 2016, así como los Decretos de 26 de Julio de 2016 y 29 de Agosto de 2016, todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en la apelación.

Librense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia a fin de que proceda a su notificación y ejecución.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en audiencia publica, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.

1. Derecho a recibir reconocimiento por algo que uno ha hecho.
- 2.

Valor o importancia que tiene una cosa o una persona.

"una obra de mucho mérito; el partido, salvo por

Requisito Cualidad, circunstancia o cosa que se requiere para algo.

