

SENTENCIA N° 456/2020
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 320/2020

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2ª

En la Ciudad de Málaga a, a nueve de marzo de dos mil veinte.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación 320/2020 interpuesto por **EL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistido por la Letrada Sra. Serrano Budría, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 7 de MALAGA y como parte apelada [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Jiménez Rutilant, actuando en su propia defensa, y **EL MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del hoy apelado se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por el procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales, recurso contra resolución del Ayuntamiento de Málaga, registrándose con el número 396/2017.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia estimatoria parcial del recurso.





TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte apelante, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 320/2020.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el [REDACTED] contra el Decreto de fecha 5 de julio de 2017, dictado por el Sr. Teniente de Alcalde Delgado de Recursos Humanos y Calidad, que desestimó los recursos de reposición interpuestos por [REDACTED] frente a los anuncios publicados en el Portal Interno del Ayuntamiento los días 22 y 29 de mayo de 2017, para la provisión temporal de los siguientes puestos:

- Jefe de Sección Económica del Área de Derechos Sociales.
- Jefe de Negociado de Ferias y Eventos del Área de Promoción Empresarial y del Empleo.
- Jefe de Grupo de Promoción en Destino del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad.
- Jefe de Negociado de Pagos del Área de Economía y Presupuestos.

Y ello, al entender el Juzgador de instancia que no constando justificada la urgente e inaplazable necesidad de cubrir las plazas indicadas mediante Comisión de Servicio, ni concretando el periodo de tiempo de vigencia de las mismas, efectivamente, resulta vulnerado, con tales datos, el derecho fundamental del actor recogido en el art. 23.2 de la CE, conforme al cual todos los ciudadanos tienen el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En consecuencia, acuerda estimar el recurso en cuanto a la petición de que se declare la nulidad de las convocatorias impugnadas y de la resolución confirmatoria de las mismas, nulidad que debe alcanzar como consecuencia necesaria a los nombramientos realizados a su amparo, como solicitó expresamente el actor en el suplico de su demanda aunque no pidiera formalmente la ampliación del recurso. No ha lugar a ordenar al Ayuntamiento a que convoque nuevamente los puestos mediante concurso de méritos, con detalle de requisitos de los aspirantes, méritos detallados y puntuación de cada uno de ellos en relación con el puesto de trabajo y nombramiento del Tribunal calificador, ya que el funcionario recurrente no tiene el derecho a exigir la convocatoria de los puestos al ser esta una decisión que compete a la Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganizatoria, sin perjuicio de que en caso de reputarse necesaria su cobertura definitiva mediante concurso o provisional en comisión de servicios, deba realizarse conforme a los requisitos legales.

La parte apelante discrepa de la Sentencia objeto de apelación invocando los siguientes



motivos de impugnación:

-Error en la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la desviación procesal. Invoca la Administración demandada, en síntesis, que sin perjuicio de que una propuesta de nombramiento no es susceptible de recurso al no ser un acto definitivo, esta técnica procesal es manifiestamente errónea en un procedimiento especial, que no puede ser utilizado de forma caprichosa por los recurrentes y que exige para su tramitación de un juicio previo de admisibilidad (artículo 117 LJCA), que aquí se hurtó al juzgado y a esta parte con respecto a la segunda pretensión ejercitada y a los restantes derechos constitucionales supuestamente vulnerados. Y es que, en su escrito de interposición citaba como único artículo constitucional vulnerado el art. 23.2, señalando que la convocatoria impugnada atentaba contra los derechos fundamentales de igualdad y mérito en el acceso a la función pública. Posteriormente, en la demanda, pareció querer extender el objeto del proceso a la propuesta de nombramiento, citando cuatro artículos constitucionales más que han sido supuestamente vulnerados, además de otros preceptos que nada tienen que ver con este procedimiento especial y sumario.

Lo correcto hubiera sido que el recurrente hubiera solicitado la ampliación de su recurso si es que pretendía impugnar nuevos actos administrativos y que hubiera justificado de forma precisa y clara qué tutela pretendía y qué nuevos derechos entendía vulnerados, a fin de que hubiera podido valorarse si procedía la ampliación y si su tramitación por este procedimiento era adecuada o no. A estos efectos, el artículo 115 de la LJCA lo establece con claridad.

-Error en la aplicación del artículo 23.2 de la Constitución. Manifiesta que el Juez a quo realiza una interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 80.1 y 81.3 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 64.1 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, por lo que entendemos que la Sentencia apelada deber ser revocada.

No se encuentra en las convocatorias cuestionadas ningún atisbo de requisito discriminatorio o excluyente, ni ninguna de las notas que el Tribunal Constitucional ha pergeñado como atentatorias contra el artículo 23.2 de la CE cuya vulneración se invoca de contrario. Las convocatorias se publicaron en la web municipal, pudiendo participar todos los funcionarios en condiciones de igualdad en el proceso. Por otro lado, las áreas municipales solicitantes de la provisión de las vacantes justificaron la urgencia de los mismos, consignando las fechas de vacantía de los puestos en relación con el anuncio de provisión de los mismos, pudiendo comprobarse cómo solo transcurrieron días desde que los puestos quedaron vacantes hasta que se publicó su provisión.

Tanto el apelado como el Ministerio Fiscal interesaron la desestimación de la apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.





SEGUNDO.- Como es sabido mediante el recurso de apelación un órgano jurisdiccional diferente revisa, a instancia de parte, la sentencia dictada por el juez a quo, extendiendo su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho, no teniendo, a diferencia del de casación, tasados los motivos en que pueda fundarse. Mediante el recurso de apelación se pretende que el tribunal ad quem examine de nuevo, en todas sus facetas, el litigio que le es sometido. Ello no significa, sin embargo, que el tribunal de apelación se encuentre en idéntica situación que el de primera instancia, tratándose de un recurso contra una sentencia, es exigible que contenga una crítica de ésta bien sea en cuanto a la fijación y apreciación de los hechos, bien en cuanto a su fundamentación jurídica (el Tribunal Supremo en doctrina constante, por todas sentencias de 30 de mayo de 1988 y 11 de marzo de 1991, ha insistido en el deber de precisar los motivos concretos en que se apoye la apelación).

A estos efectos es importante destacar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 de la Ley jurisdiccional de 1998, el escrito de interposición del recurso de apelación habrá de expresar la argumentación del apelante no sólo sobre el fondo del litigio sino, de manera especial, sobre los eventuales errores de la sentencia (o, en su caso, sobre los defectos de procedimiento seguido en primera instancia que pudieron tener relevancia para el fallo), errores que, como decíamos, pueden ser errores de hecho (sobre su constatación o sobre su apreciación), como de derecho (interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación de normas) sin que la mera repetición de los argumentos esgrimidos en la primera instancia, sin someter a la debida crítica la sentencia apelada, resulte suficiente desde la perspectiva de la prosperabilidad del recurso.

Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264) destaca "Con carácter previo al examen de las referidas alegaciones de la Universidad apelante, debe recordarse la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ella depende el alcance procesalmente posible del análisis de las cuestiones que se nos propone. Y, en este sentido, como ha reiterado esta Sala, aún cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

TERCERO.- Fijadas las posturas discrepantes, los primero que debemos solventar es si efectivamente ha existido error en la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la desviación procesal. Por unidad de doctrina y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), basta para la desestimación del presente motivo de impugnación hacer remisión a lo expresado por esta misma Sección, en su sentencia nº 2.435/2019, de 29 de julio de 2019 (recurso nº 1096/19, ponente Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza), que



resuelve la cuestión aquí planteada, calificando el vicio de mera irregularidad procesal. Nos remitimos a su Fundamento de Derecho Tercero, haciendo nuestro sus argumentos, que pasan a formar parte de la presente resolución: *“Entrando a conocer del primero de los motivos alegados por la parte apelante – motivo que como se anunció estriba en entender que no es acertada la sentencia recurrida, en cuanto que incurre en el vicio de desviación procesal en la medida en que, por un lado, acuerda anular los nombramientos llevados a cabo como consecuencia de las convocatorias recurridas, cuando la parte recurrente y hoy apelada no impugno ni recurrió tales nombramientos (...) y ello por cuanto una vez que consta que en el escrito de interposición del recurso, se hacía constar que lo que se recurría eran las convocatorias para la provisión de los puestos de trabajo anteriormente mencionados, no así en la demanda en la que además se interesaba la revocación del nombramiento de las personas designadas en virtud de dichas convocatorias, lo que hace que en principio, la parte hubiese incurrido en una desviación procesal, al introducir en el proceso un hecho y una pretensión nueva, ello no puede sin más arrastrar a dicha conclusión en el sentido que interesa la hoy apelante, que no es sino dejar sin efecto el pronunciamiento de instancia con respecto a dicha pretensión, pues como ha establecido el T. S. en la sentencia dictada el 12/12/2007 “ el otro supuesto típico de ampliación se produce cuando, a la hora de examinar el expediente administrativo, el recurrente detecta la existencia de algún acto que desconocía y que justifica el planteamiento de nuevas pretensiones respecto de las formuladas en el escrito de interposición del recurso. En esta situación, se plantea el caso de que el recurrente, con base en el nuevo acto que ignoraba y que ha conocido con la vista del expediente, amplíe sus pretensiones directamente en la demanda sin solicitar expresamente la ampliación. Actuación que la jurisprudencia considera como una mera irregularidad procesal (STS de 18 de marzo de 2008), y que puede ser tomada como una solicitud implícita de ampliación (STS de 12 de diciembre de 2007), obligando al órgano jurisdiccional a tramitar el correspondiente expediente de ampliación en la forma prevista en el artículo 36 de la Ley 20/98”; lo que es aplicable al caso que se enjuicia pues en definitiva consta la voluntad de la parte recurrente y hoy apelada de recurrir los nombramientos, lo cual parece lógico, ya que, no se concebiría que el recurrente tratase de agotar su recurso en la simple impugnación de la convocatoria, razón por la que, al interesar en la demanda la nulidad de los nombramientos, lo que hizo fue ampliar implícitamente el recuso a dicha resoluciones.”*

En similares términos se pronuncia esta misma Sección, en su Sentencia nº 1684/2018, de 19 de julio de 2018 (recurso nº 436/17, ponente Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza), que en su Fundamento de Derecho Segundo, al hilo de las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Málaga, en cuanto a la desviación procesal denunciada, determina: *“Entrando a conocer del primero de los motivos alegados por la parte apelante, que como se anunció estriba en entender que la sentencia recurrida incurre en vicio de incongruencia en cuanto que no entra a conocer acerca de la validez de los nombramientos, por entender que no constituye objeto del procedimiento, pues este se constriñe únicamente a la impugnación de las convocatorias de los puestos a cubrir a través de comisiones de servicio, el mismo ha de ser acogido y ello porque, una vez que en el petitum de la demanda se hace contar expresamente que se interesa que “se revoquen los nombramientos llevados a cabo”, para lo cual en los antecedentes de hecho séptimo y octavo expone las razones en las cuales sustenta dicha petición, no puede*





compartirse el razonamiento que en su contra se vierte en la sentencia recurrida y en consecuencia procede estimar el motivo."

Precisar, que mediante Providencia de fecha 4 de octubre de 2.019 el Tribunal Supremo ha acordado inadmitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga contra dicha Sentencia, por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 d) de la LJCA impone para el escrito de preparación; en particular, por falta de justificación de que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.

Razones, todas las cuales, son perfectamente trasladables al presente litigio, lo que nos conduce a la desestimación del primero de los motivos invocados por la parte apelante.

CUARTO.- Entrando ya en el fondo de asunto, la defensa del Ayuntamiento de Málaga denuncia el error en la aplicación del artículo 23.2 de la Constitución. Manifiesta que el Juez a quo realiza una interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 80.1 y 81.3 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 64.1 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, por lo que entienden que la Sentencia apelada deber ser revocada. Ya adelantamos que la Sala comparte plenamente los argumentos expuestos por el Juez a quo, veamos:

El artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (previsión que reprodujo el artículo 78 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, hoy Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre), establece que la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios, deberá producirse de conformidad con alguno de los procedimientos en el mismo establecidos, esto es, el concurso que constituye el sistema normal de provisión, y la libre designación con convocatoria pública, prevista tan sólo para aquellos casos determinados en la relación de puestos de trabajo.

Excepcionalmente, el artículo 64 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, permite que cuando un puesto de trabajo quede vacante pueda ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en "comisión de servicios ", durante un plazo máximo de un año, prorrogable por otro, con otro funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en el artículo 78 regula los "Principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera", dice:



"1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

2. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública....."

El Artículo 79 regula el "Concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera"

El Artículo 80 la "Libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera.

Y el Artículo 81 regula la "Movilidad del personal funcionario de carrera", disponiendo en su punto 3:

3. En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.

QUINTO.- Sentada la normativa objeto de aplicación, conviene partir de diversas premisas, que, en buena medida, dan respuesta a la cuestión aquí planteada:

La primera se refiere a la posición de privilegio que ocupan en nuestro sistema jurídico los derechos fundamentales y libertades públicas, y la protección reforzada que por esta razón nuestro orden jurídico procesal les dispensa. De esta manera se ha destacado reiteradamente que las exigencias procedimentales deben interpretarse siempre en un sentido favorable a la tutela de estos derechos. En este sentido conviene recordar que existe un principio acuñado desde antiguo por la jurisprudencia constitucional que propugna una interpretación siempre favorable a la protección de los derechos fundamentales que hemos recogido en sentencias de esta Sala como la de 15 de abril de 2016 (rollo de apelación 2325/2014), en la que se decía que debía tomarse especialmente "en consideración al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales que, como reiteradamente se ha indicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado (Sentencias del Tribunal Constitucional 133/2001, de 13 de junio, F. 5 ; 5/2002, de 14 de enero, F. 4 ; y 26/2006, de 30 de enero, F. 9)."

La segunda es que, al consagrar el artículo 23.2 de la Constitución Española el derecho fundamental al acceso igualitario al empleo público, no puede existir, contemplando tal precepto desde una perspectiva negativa, discriminación alguna que no esté inspirada en razones estrictamente objetivas de capacitación personal para el desempeño del empleo. De la misma forma, y desde una perspectiva positiva, tal derecho implica el deber seleccionar a los más aptos conforme a procedimientos de concurrencia competitiva, presididos por criterios adecuados para cribar a quienes reúnen mejores condiciones para





ocupar el cargo. Esta última regla impone, por lo tanto, tratar de manera diferente a quienes presentan méritos objetivos distintos, promocionando al más válido. En este sentido, ya indicó la Sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Sala el 18 de septiembre de 2015 (rollo de apelación 876/15) que la oferta de empleo público a través del extraordinario expediente de la comisión de servicio es un método de provisión de puestos de trabajo en el sector público expresamente previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, siendo que su artículo 81.3 exige la pública convocatoria de la plaza ofertada por este medio.

La tercera se refiere a las peculiares condiciones del sistema de provisión examinado, caracterizado por la urgente necesidad que lo motiva; que exonera en gran medida el rigor del proceso de evaluación de los méritos de los candidatos, sin que tampoco esta circunstancia pueda oponerse para promover a candidatos por meras razones subjetivas, pues, por el contrario, tal promoción ha de efectuarse con base en razones objetivas reveladoras de su capacitación. En este sentido apunta la reciente Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (dictada en el recurso de casación 1594/2017), al referir que, toda vez que la comisión de servicios se regula dentro de la "movilidad" funcional -que es figura distinta del régimen de provisión de puestos de trabajo-, la exigencia de convocatoria pública (contemplada artículo 81.3 del Estatuto Básico del empleado Público) "no implica -máxime si concurren necesidades urgentes e inaplazables- aplicar las exigencias y formalidades procedimentales propias de los sistemas de provisión ordinarios, en especial el concurso, en el que se presentan y valoran méritos, se constituyen órganos de evaluación, etc.: bastará el anuncio de la oferta de la plaza en comisión de servicios, la constatación de que el eventual adjudicatario cuenta con los requisitos para ocuparla según la relación de puestos de trabajo y su idoneidad para desempeñar la plaza vacante"

Y la cuarta es que la cobertura de puestos de trabajo en comisión de servicio, en cuanto que medida excepcional, debe estar suficientemente motivada en razones concretas de urgencia y necesidad que justifiquen la perentoriedad del nombramiento.

De no respetarse alguno de los condicionantes expuestos, pudiera apreciarse la existencia de vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución Española.

SIXTO.- Aplicando tales consideraciones al caso de autos, la Sentencia apelada recopila una serie de incumplimientos, que compartimos en su integridad, y se reconducen en la descripción de una práctica administrativa incorrecta como son:

-La invocación de razones de urgencia es puramente retórica y se encuentra huérfana de prueba. Las propuestas de los Directores Generales de Área aluden, seguramente con razón, a la importancia de las funciones a desempeñar pero no justifican que la cobertura deba hacerse con urgencia: adviértase que en tres de ellas la vacante se produce por jubilación, circunstancia que la Administración pudo prever, lo que le permitía convocar el correspondiente concurso de méritos como procedimiento ordinario de provisión.

-No se concreta el periodo de tiempo, que en principio, habría de durar las comisiones de

servicio, requisito indispensable para que la calificación del procedimiento de cobertura del puesto como “provisional” no sea una mera apariencia.

Por último, en cuanto a la invocación que no se había aprobado la Relación de Puestos de Trabajo, a fin de justificar la actuación de la Administración, nos remitimos a su vez a la Sentencia de esta misma Sección, dictada el 19 de julio de 2018 (rec. 436/2017), que da respuesta a dicha cuestión cuando establece en su fundamento de derecho quinto: “... en todo caso debió de subsanarse el mismo con la resolución oportuna; y por otro lado en orden al uso indebido del sistema de comisión de servicios, como forma ordinaria para cubrir las plazas vacantes, porque sin entrar a conocer, pues no le corresponde a este Tribunal, ni es objeto del procedimiento el determinar si efectivamente la Junta de Gobierno Local acude de manera excesivamente frecuente a dicho sistema, en todo caso, la recomendación que en su día llevo a cabo el Pleno del Ayuntamiento para tratar que no se hiciese un uso abusivo y generalizado en la utilización de la comisión de servicios, si resulta indicativo de que en el caso actual, una vez que como se razono, no respeto los límites legales, se ha utilizado de manera abusiva dicho sistema, no pudiendo por ultimo argüirse que ello se debió a que cuando se publicó el anuncio para cubrir las distintas jefaturas, no se había aprobado la Relación de Puestos de Trabajo pues dicha circunstancia, en ningún caso justifica la preterición de los principios que proclama la normativa básica sobre función pública en relación a la cobertura de los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera, esto es, los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (artículo 78.1 del EBEP) , que hay que considerar aplicables no solo a los procedimientos para cobertura definitiva de los puestos sino también, con las debidas modulaciones, a los nombramientos provisionales, todo lo cual arrastra a la estimación del último de los motivos alegados, por el que se denuncia desviación de poder en la conducta de la Administración en la medida en que se ha utilizado una norma de cobertura cual es la que permite acudir, por razones de urgencia y provisionalidad, a la comisión e servicios, para tratar de eludir la necesidad de los puestos de trabajo se cubran a través de los sistemas ordinarios...”

Por lo expuesto, no se aprecia un manifiesto error en la valoración de la prueba, que ha sido correctamente valorada, atendiendo, entre otros documentos, al contenido de los documentos número 10 y 11 del escrito de contestación (invocados en el recurso de apelación), pretendiendo el apelante sustituir su criterio valorativo parcial y subjetivo por el objetivo e imparcial del juzgador. La Sala, no aprecia error interpretativo alguno en relación a las cuestiones suscitadas en el recurso, que fueron estudiadas por aquél en forma detallada y exhaustiva, con recta objetividad e imparcialidad, que pugna con la razón interesada de parte, que por ello resulta improsperable en esta alzada.

En suma, el recurso de apelación debe ser desestimado en su integridad y confirmada la sentencia de instancia en base a sus acertados argumentos que esta Sala compare.

SEPTIMO.- La índole confirmatoria de la presente resolución trae aparejada la imposición de costas a la apelante – art. 139 LJCA-.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación planteado con condena en costas a la parte apelante.

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

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 7 de Málaga para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-

