



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SENTENCIA N.º 718/20
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1431/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D. ANTONIO JESÚS PÉREZ JIMÉNEZ

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

D. RAFAEL GARCÍA SALAZAR

En la ciudad de Málaga, a cuatro de junio de 2020.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el recurso de apelación núm. 1431/2017, interpuesto por [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Jiménez Rutllán y actuando en su propia defensa (como Letrado habilitado), contra la Sentencia núm. 230/2017, de 30-06-2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 10/2017, siendo apelado el demandado en aquellos autos, el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos; se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Jesús Pérez Jiménez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el [REDACTED] en su propio nombre y defensa, se interpuso en su día recurso contencioso-administrativo contra la resolución o acto de 31-10-2016 del Ayuntamiento de Málaga (Dirección General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad), de "Anuncio Provisión Puesto de Jefe de Negociado Sanitario Ambiental" (convocatoria para proveer dicho puesto, con carácter provisional y en comisión de servicios interna, publicada en portal interno municipal).

SEGUNDO. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Málaga dictó, en ese recurso tramitado con el núm. 10/2017, sentencia de 30-06-2017 desestimando el contencioso promovido.

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpuso, por la parte actora, recurso de apelación, que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas por el plazo legal para formular oposición, lo que hizo la apelada, tras lo cual se elevaron los autos y expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número de rollo 1431/2017.

CUARTO. No habiéndose acordado el recibimiento a prueba, la celebración de vista ni la presentación de conclusiones escritas, quedaron las actuaciones, sin más, para deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar, previo señalamiento y designación de ponente, en la fecha fijada al efecto.

QUINTO. En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (L.J.C.A.).

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto de instancia a que se contrae esta alzada es muy similar al que poco antes había resuelto el mismo Juzgado mediante sentencia de 25-01-2017 (rec. 571/2016), en cuyas consideraciones se basó en buena medida la sentencia aquí apelada para desestimar también el recurso planteado (entre las mismas partes y sobre otras convocatorias municipales de igual clase).

Contra esa sentencia se interpuso por el actor recurso de apelación, que resolvió esta Sala en sentencia de 19-07-2018 (rec. 436/2017), con los siguientes -entre otros- razonamientos, que reputamos acertados y resultan perfectamente trasladables y aplicables a este supuesto:

<<... Aun alterando el orden expositivo de los motivos que formula la parte apelante, así como la sistemática con que los expone, lo que se justifica en la medida en que en todos ellos, lo que la parte denuncia es que no concurren los requisitos necesarios para poder ofertar un puesto de trabajo a través del sistema de la comisión de servicios, pues según ella, no existían razones de urgencia y provisionalidad, a la par que en las convocatorias no se hacía constar ni los méritos ni los criterios de selección entre los distintos solicitantes, procede hacer la siguiente consideración normativa previa, en orden a la comisión de servicios como método de cobertura de un determinado puesto de trabajo, consideración que no es otra que establecer que la previsión del art. 20 Ley 30/84, en orden a la comisión de servicios como sistema para la cobertura de



determinados puestos de trabajo, se reproduce la Ley 7/2007, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, y posteriormente, con igual redacción, en el Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que, tras establecer en su art 78 que "Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. 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...", en el art 81 establece que "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", precepto éste en el que cabe incluir la comisión de servicios, la cual se podría definir como aquel mecanismo de atribución no definitiva de un puesto de trabajo, que supone el traslado de un funcionario a un puesto de trabajo vacante por razones de urgente e inaplazable necesidad, teniendo una duración temporal limitada y un carácter provisional intrínseco derivado de su propia naturaleza, pues del espíritu y finalidad de la norma, es fácilmente deducible.

Dicho mecanismo de cobertura de puestos de trabajo, que por lo demás, es de utilización potestativa para la Administración como se comprueba por la utilización del término "podrá proveerse" que se expresa en el art 81, pertenece al ámbito de su potestad de autoorganización, lo que conlleva un alto grado de discrecionalidad, sin que exista precepto que le imponga atender preferentemente a una provisión temporal mediante el nombramiento de determinado funcionario de carrera, en comisión de servicios, para la cobertura de un determinado puesto de trabajo, o el mantenimiento de una comisión de servicios previamente otorgada, lo que hace que nos encontremos ante la llamada "movilidad funcional intradministrativa", supuesto claramente distinto a los de concurso y libre designación, al punto que se ha mantenido que la comisión de servicios tiene un carácter discrecional, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento, sin necesidad de una especial motivación equiparable al resto de concursos para la provisión de puestos de trabajo, bastando que concurran los hechos determinante, la existencia de una situación de necesidad, que la norma califica como urgente e inaplazable, la cual permite excepcionar la forma normal de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios que es el concurso de méritos (artículo 36.1 del mismo Real Decreto 364/1995).

Sin embargo, la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta, y así se recoge en la doctrina que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las sentencias de 29/05/2006 y 27/11/2007, en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales que habían apuntado la innecesariedad e inexigibilidad de motivación en esa clase de



nombramientos, lo que lleva a concluir que, si bien la jurisprudencia ha reconocido el derecho de la Administración a organizar los servicios a su cargo en la forma que estime más conveniente a los intereses públicos, sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización o de situaciones que pretenda superar, ello no impide a que dicha potestad discrecional no venga sujeta a determinados límites requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico, entre los cuales se encuentra la existencia de urgencia y provisionalidad, así como necesidad de motivar los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales (artículo 54.1.f) de la LRJAP y PAC), para así posibilitar que los interesados conozcan las razones por las que se dictaron y, para el caso de que entiendan que no se han respetado el requisito de la igualdad de mérito y capacidad, puedan ejercitar los recursos procedentes, así como, en última instancia, que los Tribunales puedan llevar a cabo el control que constitucionalmente les está encomendado.

CUARTO: Así las cosas, continuando con el análisis del motivo, procede determinar, por un lado, si la convocatoria a través del sistema de comisión de servicios ha respetado los requisitos de urgencia, provisionalidad, la igualdad de mérito y capacidad ...

... En segundo lugar, en orden a la provisionalidad, porque al establecerse en los citados anuncios solamente que el nombramiento sería "con carácter provisional", sin concretar plazo alguno, al igual que ocurre con el anterior requisito de la urgencia, debió de establecerse el periodo de tiempo el que, en principio, iba a durar la comisión de servicios, entre otras cosas porque ello puede ser determinante para que las personas que en principio puedan presentarse, lo decidan o no.

En tercer lugar, en orden al requisito de que se establezcan los criterios en función de los cuales hayan de valorar las solicitudes, a fin de que se observen los principios de igualdad de mérito y capacidad, porque si bien es cierto que en los anuncios se hace constar que serían "la experiencia, conocimiento de las funciones a desarrollar, titulación académica, formación", al añadirse la expresión "etc", que como tal es contraria a toda mínima concreción, no puede sino concluirse que dichos requisitos han sido transcritos a modo de exigencia formal a fin de justificar los anuncios de las convocatorias y dar por cumplido dicho requisito de igualdad de mérito y capacidad, pues sin desconocer un cierto margen de discrecionalidad en dicho tipo de nombramientos, ello no permite concluir no autoriza a que no se sujeten a ciertos límites a fin de determinar si la potestad de nombramientos no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; límites mínimos que son de carácter sustantivo y formal, consistiendo los primeros en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento, lo que no se da en cuanto que se añaden bajo la expresión "etc", un margen de arbitrio excesivamente abierto, amplio y falto de concreción objetiva, y los segundos referidos a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el



superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento, pues como ha declarado esta Sala en la sentencia de 21/09/17, "la concurrencia de una situación excepcional que implique la necesidad de un llamamiento urgente para la cobertura de puestos de trabajo mediante la fórmula de la comisión de servicios debe hacerse de modo que se conjuguen de un lado las objetivas necesidades del servicio público para la cobertura inaplazable del puesto vacante, con las exigencias generales de publicidad, concurrencia competitiva y mérito y capacidad, que admitimos que pueden atenuarse, pero no suprimirse por completo, exigiéndose una motivación expresa en orden a justificar la necesidad del llamamiento con carácter perentorio y de otro lado la mejor aptitud del seleccionado en base a razones objetivas, siempre previa convocatoria pública", pues no entenderlo así supondría confundir la comisión de servicios con el nombramiento discrecional por razón de confianza al que se refiere el art 80 del EBEP, pues como ya ha tenido esta Sala ocasión de pronunciarse en la sentencia de 8 de Julio de 2011 "Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23 y 103 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, 15/1988 y 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 192/1991 y 200/1991). Más concretamente, en el preciso supuesto que ahora se trata, la propia provisionalidad de la provisión del puesto, impuesta por las razones de inaplazable y urgente necesidad acreditada, que imponen la cobertura inmediata de la vacante, unida a la temporalidad de los nombramientos resultantes, permite introducir importantes modulaciones en la atención de aquellos principios constitucionales."

La necesaria modulación de las rígidas exigencias que se imponen para acceder a la función pública no puede hacerse a costa de convertir los procesos de provisión de vacantes en mecanismos de designación aleatorios, tampoco en los casos de comisiones de servicio, en los que la funcionalidad de la figura exige una mayor flexibilidad, de modo que no se impongan complejos baremos de méritos, pudiendo simplificarse la selección conforme a los más sencillos parámetros objetivos al uso en la valoración de la carrera profesional, entre ellos el criterio de antigüedad, esta es la interpretación que ha de efectuarse del citado art. 64 del RD 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, tras la entrada en vigor del EBEP, siendo así que la discrecionalidad de la Administración se ha de entender referida a la apreciación de la necesidad de urgente e inaplazable cobertura de la plaza,



y a la fijación de criterios selectivos sumarios pero netamente objetivos, pues no puede actuarse la discrecionalidad al margen de los principios sistemáticos que consagra nuestra Constitución y la normativa sectorial de aplicación." ...>>.

También, cuando menos, en este caso, sucede que no se estableció duración para la comisión de servicios y que los criterios de selección fueron demasiado abiertos o inconcretos. Por lo cual, sin necesidad de examinar ningún otro de los motivos esgrimidos en esta segunda instancia, procede estimar la apelación, revocar la sentencia apelada y, con estimación del recurso contencioso-administrativo, anular el acto impugnado. Sin hacer falta expreso pronunciamiento sobre el nombramiento para el puesto convocado, que como tal no ha sido objeto del contencioso promovido, ello en tanto que el de quedar invalidado es efecto inherente a la anulación de dicha convocatoria.

SEGUNDO. Dado el sentir de la resolución de esta alzada, y por aplicación del art. 139, 1 y 2, de la L.J.C.A., no procede hacer especial imposición, a ninguna de las partes, de las costas de primera ni de segunda instancia.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de [REDACTED] [REDACTED] contra la Sentencia núm. 230/2017, de 30-06-2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Málaga, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 10/2017, efectuando los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Revocar y declarar sin efecto dicha sentencia apelada.
- 2.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra el acto señalado en el Antecedente de Hecho Primero, que se anula y deja sin efecto, por contrario a Derecho.
- 3.- No hacer imposición de las costas del recurso de apelación ni de las de la primera instancia.

Líbrese 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 artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundara en infracción de normas de derecho



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente sentencia a través del escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del referido cuerpo legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 5 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 el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el(la) Letrado(a) de la Administración de Justicia. Doy fe. -



