

**SENTENCIA Nº 1786/2021**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**R. APELACIÓN Nº 202/2020**

**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 ocho de julio de dos mil veintiuno.

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 202/2020 interpuesto por **EL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA**, representado por la Procuradora Sra. Berbel Cascales y asistido por el Letrado Sr. Verdier Hernández, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 7 de MÁLAGA y como parte apelada [REDACTED] representado por el Procurador Sr. Jiménez Rutllant, actuando en su propia defensa, y **EL MINISTERIO FISCAL**.

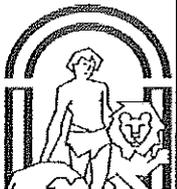
Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Suplente Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO quien expresa el parecer de la Sala.

**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 494/2018.

**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 202/2020.

**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 la convocatoria firmada el 27 de julio de 2018 por el Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad del Ayuntamiento de Málaga, y publicada en el portal interno del Ayuntamiento, para la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Bibliotecas y Fomento de la Lectura, dentro del organigrama del Área de Cultura.

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 del anuncio de la convocatorias impugnada. No ha lugar sin embargo a “instar al Ayuntamiento a que realice otra que respete los principios de igualdad y mérito”, como solicita el actor en el suplico de su demanda, ya que el funcionario recurrente no tiene el derecho a exigir la convocatoria del puesto al ser esta una decisión que compete a la Administración en el ejercicio de su potestad 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 como podrá apreciar la Sala, lo que impugnó en su día el demandante fue el anuncio publicado en el portal web interno el 27 de julio de 2018 –anterior, por lo tanto, a la vigente RPT, publicada en BOP de 29 de noviembre de 2018- para cubrir el puesto de Jefe/a de Negociado de Bibliotecas y Actividades de Fomento de la Lectura, del Área de Cultura, pretendiendo su anulación. Esta administración sostuvo en la instancia que tal anuncio no podía afectar a derecho fundamental alguno, y que la parte actora en su demanda excedía claramente los límites en los que debía desenvolverse el debate, pues no se limitaba a solicitar que se dejara sin efecto dicho anuncio, sino que solicitaba, además, la anulación de todo el procedimiento. La sentencia de instancia resuelve el primero de los motivos de oposición, concluyendo que existe vulneración del artículo 23.2 CE, por lo que considera que resulta de aplicación el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Pero nada dice





sobre la desviación procesal en la que incurrió la parte actora, cuyo escrito de demanda se dirigió contra un acto de mero trámite, que ni decidía directa ni indirectamente el fondo del asunto; ni impedía la continuación del procedimiento –antes al contrario, lo iniciaba-; ni causaba indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por lo tanto, conforme a lo establecido en el artículo 69.c) LJCA no se trataba de un acto susceptible de impugnación autónoma, como sí lo habría sido la resolución que puso fin al procedimiento.

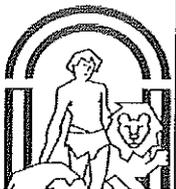
-La falta de motivación de la Sentencia objeto de impugnación, entendiéndola la parte apelante que resulta de plena aplicación la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de Málaga del TSJA de fechas 19 de marzo, 30 de mayo y 8 de julio de 2019, conforme a las cuales lo fundamental en el procedimiento para la cobertura de un puesto en comisión de servicios es, de un lado, el requisito de publicidad, que en este caso se cumple de forma evidente, pues al menos nueve personas –entre ellas el demandante- han optado al puesto en cuestión; y de otro, que dicho puesto se identifique suficientemente con una denominación que resulte expresiva del tipo de responsabilidades y funciones que se le asocian, lo que igualmente se cumple en el presente supuesto, pues la mera lectura de la denominación del puesto revela tales extremos. Y en cuanto a la urgencia, obra en el expediente (fol. 1) informe de la Dirección General de Cultura y Educación, que algo sabrá al respecto en el que se indica que las actividades encomendadas al puesto en cuestión no deben interrumpirse en modo alguno, por lo que entendemos que también en este concreto particular se cumplen las exigencias que, hasta ahora, ha impuesto esa Sala, que en otras ocasiones ha admitido la justificación de la urgencia de la cobertura del puesto con fundamento en el informe de la Dirección General correspondiente.

Respecto al segundo motivo, pone de manifiesto que tanto el artículo 64.3 del R.D. 364/1995, de 10 de marzo (RIPP), como el artículo 59 del Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento de Málaga, establecen claramente que las comisiones de servicios tendrán una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo. No existe, por lo tanto, la indefinición a la que alude la sentencia apelada, pues es la propia norma la que elimina esa posibilidad de indefinición.

En definitiva, señala el apelante que los únicos criterios que se han utilizado en el procedimiento recurrido han sido los de la mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios, sin que puedan compartirse los razonamientos contenidos en la sentencia apelada, pues se ha otorgado igualdad de oportunidades y de trato a quienes han participado en el mismo, sin vulneración de derecho fundamental alguno.

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 Sala, en su sentencia nº 1215/2020, de 24 de julio de 2020 (recurso nº 3985/19, ponente Ilmo. Sr. D. Carlos García De la Rosa), que resuelve la cuestión aquí planteada. Nos remitimos a su Fundamento de Derecho Segundo, haciendo nuestro sus argumentos, que pasan a formar parte de la presente resolución:





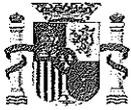
*"Al respecto de la inadmisibilidad alegada por la Administración apelante, al amparo de lo previsto en el art. 69.c) de LJCA por considerar que el anuncio por el que se ofertan puestos de trabajo en comisión de servicio constituye un acto de trámite no cualificado y por tanto no susceptible de impugnación autónoma en virtud de lo previsto en el art. 112.1 de LPAC y 25.1 de LJCA, nos alineamos con la solución expuesta en la sentencia de instancia.*

*Sea por la exigencia de publicidad del anuncio de convocatoria de una comisión de servicio que viene exigida por la STS de 24 de junio de 2019 (rec. 1594/17), sea por el impacto que una actuación administrativa de este tipo tiene en el campo de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores públicos, sea por la tradicional postura favorable a la admisión de este tipo de recursos frente a anuncios de procesos de concurrencia para la provisión de empleos públicos, no albergamos duda en cuanto a la recurribilidad autónoma de este tipo de actos.*

*Conviene en este momento recordar la doctrina constantemente reiterada por el Tribunal Constitucional -por todas, STC 182/2004, de 2 de noviembre y las que en ella se citan- acerca de que el art. 24.1 CE debe ser interpretado en el sentido de que el derecho fundamental a la tutela efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal y así se acuerde en aplicación razonada de la misma, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador. Igualmente tiene declarado el Tribunal Constitucional que la aplicación razonada de la causa legal de inadmisión debe responder a una interpretación de las normas conforme a la Constitución que respete el derecho fundamental (SSTC 19/1983, de 14 de marzo F. J. Cuarto; 61/1984, de 16 de abril, F. J. Cuarto; 39/1999, de 22 de marzo, F. J. Tercero; y 259/2000, de 30 de abril, F. J. Segundo EDJ2000/33374), y que así "como quiera que estamos ante un supuesto de acceso a la jurisdicción, el control constitucional de la decisión de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del principio pro actione, que implica "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión -o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican" (en este sentido, SSTC 88/1997, de 5 de mayo, F. J. Tercero; 38/1998, de 17 de febrero, F. J. Segundo; 207/1998, de 26 de octubre, F. J. Tercero; 235/1998, de 14 de mayo, F. J. Segundo; 122/1999, de 28 de junio, F. J. Segundo; 195/1999, de 25 de octubre, F. J. Segundo; 205/1999, de 8 de noviembre, F. J. Séptimo; 158/2000, F. J. Quinto; 252/2000, de 30 de octubre, F. J. Segundo; 258/2000, de 30 de octubre, F. J. Segundo; 259/2000, de 30 de octubre, F. J. Segundo; 3/2001, F. J. Quinto; 7/2001, de 15 de enero, F. J. Cuarto; 16/2001, F. J. Cuarto; 24/2001, de 29 de enero, F. J. Tercero; 160/2001, de 5 de julio; 177/2003, de 13 de octubre, F. J. Segundo; 182/2004, de 2 de noviembre, F. J. Segundo). Debiendo en consecuencia interpretarse las causas de inadmisión en sentido restrictivo.*



*Por regla general, un acto administrativo que ordena la iniciación de un procedimiento*



*no decide, ni directa ni indirectamente, el fondo del asunto de tal modo que ponga término a la vía administrativa o haga imposible o suspenda su continuación. Criterio que se aplica para los actos de iniciación pura, que son los que se limitan a desplegar sus efectos jurídicos en el seno del mismo procedimiento que inician.*

*Pero, excepcionalmente, existen actos de iniciación que no responden al perfil que acaba de señalarse al derivarse de los mismos consecuencias que no son meramente procedimentales, toda vez que introducen modificaciones sustantivas en el régimen jurídico de situaciones anteriores, afectando al haz de derechos, deberes y obligaciones que definían su contenido.*

*Así una convocatoria a un proceso de concurrencia competitiva, aun constituyendo un acto de trámite iniciador del procedimiento administrativo, está provisto de virtualidad propia, ya que, si se quiere que prospere un eventual recurso contra el acto final de adjudicación definitiva --que es el que cierra el procedimiento-- con base en causas que afectan a la convocatoria propiamente dicha, la citada impugnación devendría inadmisibile porque el mero hecho de participar en la misma conlleva la aceptación de sus bases (conforme a que nadie puede ir contra sus propios actos), de ahí que admitiendo esa tesis estaríamos ocasionando indefensión al recurrente.*

*Por lo tanto, hay que concluir que la propia convocatoria del proceso de selección de que se trate, constituye un acto separable objeto de recurso independiente.*

*Como recuerda la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 20 de septiembre de 2001 ( Rec. 70/2001) "no se trata de un acto de iniciación o impulso de carácter inofensivo porque tiene cierta entidad al decidir una cuestión de fondo, como es la determinación con carácter definitivo de la relación de plazas vacantes a adjudicar y que se ofertan a los aspirantes, cuestión que de no permitirse su impugnación por separado podría dar lugar a indefensión para aquellos aspirantes que quisieran combatir esa oferta de destinos, dado que no se podría hacer valer dicha pretensión en un eventual recurso contra el acto final de adjudicación o asignación individualizada de las plazas, por cuanto habría adquirido firmeza el acto de fijación de las vacantes ofertadas."*

*La convocatoria referida no puede considerarse en absoluto un acto meramente informativo sino un auténtico acto administrativo en sentido técnico y estricto que supone la expresión de una declaración de voluntad de la Administración de carácter decisorio, que produce efectos jurídicos en la esfera o ámbito de los empleados públicos. El acto sometido a revisión, por el que se oferta la cobertura de unos puestos mediante un determinado sistema, regulando los requisitos de participación, la forma de hacerlo y las demás circunstancias justificativas, no encuentra encaje en el concepto de acto de trámite no cualificado excluido de revisión singular.*

*Al contrario se trata de un acto dotado de sustantividad propia y, por ende, susceptible de impugnación mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo; carácter cualificado y sustantivo que pone de manifiesto la determinación de las condiciones básicas para acceder al proceso de selección, que han determinado en un*





*caso como el nuestro la exclusión del proceso del recurrente [REDACTED] por no ostentar el grado funcional requerido para una de las plazas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho que, incluso los actos de trámite, pueden ser susceptibles de control jurisdiccional cuando decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto ( Sentencia de 20 de julio de 2012 ).*

*Por otro lado este razonamiento es coincidente, de un lado, con la distinción que la doctrina y la jurisprudencia viene estableciendo entre actos de mero trámite y actos de trámite cualificados, y con la consecuencia de considerar a éstos últimos una categoría distinta de los primeros y equiparable en cuanto a su impugnación a los actos definitivos; y, de otro, con la aplicación de uno de los criterios que se viene utilizando para efectuar esa diferenciación, cual es que el acto de trámite cualificado incida negativamente de forma grave en la esfera de intereses del afectado y ese concreto perjuicio no pueda ser reparado por la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento administrativo de que se trate (STS de 16 de diciembre de 2015, Rec. 2803/2014).*

*Se desestima este motivo del recurso.”*

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, incurriendo la Sentencia apelada en falta de motivación, entendiéndose la parte apelante que resulta de plena aplicación la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de Málaga del TSJA de fechas 19 de marzo, 30 de mayo y 8 de julio de 2019, conforme a las cuales lo fundamental en el procedimiento para la cobertura de un puesto en comisión de servicios es, de un lado, el requisito de publicidad, que en este caso se cumple de forma evidente, pues al menos nueve personas –entre ellas el demandante- han optado al puesto en cuestión; y de otro, que dicho puesto se identifique suficientemente con una denominación que resulte expresiva del tipo de responsabilidades y funciones que se le asocian, lo que igualmente se cumple en el presente supuesto, pues la mera lectura de la denominación del puesto revela tales extremos. Y en cuanto a la urgencia, obra en el expediente (fol. 1) informe de la Dirección General de Cultura y Educación, que algo sabrá al respecto en el que se indica que las actividades encomendadas al puesto en cuestión no deben interrumpirse en modo alguno, por lo que entendemos que también en este concreto particular se cumplen las exigencias que, hasta ahora, ha impuesto esa Sala, que en otras ocasiones ha admitido la justificación de la urgencia de la cobertura del puesto con fundamento en el informe de la Dirección General correspondiente.

Respecto al segundo motivo, pone de manifiesto que tanto el artículo 64.3 del R.D. 364/1995, de 10 de marzo (RIPP) como el artículo 59 del Acuerdo de Funcionarios del Ayuntamiento de Málaga, establecen claramente que las comisiones de servicios tendrán una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo. No existe, por lo tanto, la indefinición a la que alude la sentencia apelada, pues es la propia norma la que elimina esa posibilidad de indefinición.





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.

**SEXTO.-** Aplicando tales consideraciones al caso de autos, la Sentencia apelada recopila un absoluto incumplimiento, que compartimos en su integridad, y se reconduce en la descripción de una práctica administrativa incorrecta como es:

La invocación de razones de urgencia es puramente retórica y se encuentra huérfana de prueba. El Informe que justifica la cobertura el puesto de Jefe de Negociado de Bibliotecas Y Actividades de Fomento a la Lectura, no justifica, bajo ningún concepto, que la cobertura deba hacerse con urgencia. Exclusivamente determina dicho Informe: *“Por necesidades propias de la propia actividad del Área de Cultura se plantea la necesidad de proceder a la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Bibliotecas y Actividades de Fomento a la Lectura. Dicho puesto tiene encomendado una serie de actividades que no deben interrumpirse de modo alguno y por tanto debe ocuparse con carácter urgente.”*

Por tanto, de la mera lectura se desprende que esa urgente e inaplazable necesidad para cubrir una plaza mediante comisión de servicio no se acredita con la mera afirmación de la administración de las *“necesidades propias de la propia actividad”*. Así pues, tal afirmación sin ningún dato o informe contrastable que lo avale, no demuestra, que exista una necesidad urgente e inaplazable para cubrir el puesto, aun cuando se encontrara en fase de negociación y elaboración la relación de Puestos de Trabajo o documento análogo.

En consecuencia, por dicho motivo expreso, debemos desestimar el recurso de apelación, al no haberse acreditado, la urgente e inaplazable necesidad de cubrir el puesto, a través de una comisión de servicio interna.

Por lo expuesto, no se aprecia un manifiesto error en la valoración de la prueba, que ha sido correctamente valorada, 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





improspere en esta alzada.

En suma, el recurso de apelación debe ser desestimado en su integridad y confirmada la sentencia de instancia.

**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.

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 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.-



