




SENTENCIA Nº 1684/2018
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 436/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D^a CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL
D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

En la Ciudad de Málaga a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

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 436/2017, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Málaga en el que es parte apelante  representado por el procurador D. Álvaro Jiménez Routllant, y parte apelada, el Ayuntamiento de Málaga, asistido por el letrado D. Juan Manuel Fernández Martínez, 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 25 de Enero de 2017, en el recurso contencioso-administrativo nº 571/2016, interpuesto por el procurador D. Álvaro Jiménez Routllant, en la representación indicada, se dictó sentencia en la que se desestimo el recurso interpuesto contra el Decreto dictado por el Ayuntamiento de Málaga el 6 de Julio de 2016, por el que, por un lado se inadmitió el recurso de reposición interpuesto contra el anuncio de convocatoria publicada en el portal interno el 1/11/2016, para la provisión del puesto de “Jefe de Sección Jurídico administrativa del Área de Alcaldía”, y por otro lado desestimo los recursos de reposición interpuestos contra los anuncios publicados en el portal interno del Ayuntamiento el 28 de Diciembre de 2015, para la provisión de los puestos de “Jeje de Sección de Cultura Luxv. del Área de Cultura” y “ Jefe de Negociado de Semaforización y Aforos del Área de Movilidad”, contra el anuncio publicado el 11 de Mayo de 2016, para la provisión del puesto de “ Jefe de Negociado Económico administrativo del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad”, contra el anuncio publicado el 29 de Mayo de 2016 para la provisión del puesto de “Jefe de Negociado de Redes Sociales del Área de Comunicación”, y contra el anuncio publicado el 30 de Mayo de 2016 pata la provisión





del puesto de “Jefe de Negociado de Administración del área de Innovación y Nuevas Tecnologías”.

SEGUNDO: Contra dicha sentencia, con fecha 23 de Febrero de 2017, 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 18 de Julio de 2018.

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 el Decreto dictado por el Ayuntamiento de Málaga el 6 de Julio de 2016, en el que se resolvía acerca del recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones mencionadas en el antecedente de hecho primero, es justa o no a derecho, entendiendo la parte apelante que no lo es y ello en base a lo siguientes motivos:

En primer lugar, porque la sentencia incurre en vicio de incongruencia al afirmar que el objeto del recurso se constreñía a impugnar solamente las convocatorias de los puestos a cubrir a través de comisiones de servicio, y no los nombramientos, pues, como consta en la demanda, se interesó expresamente la nulidad de los nombramientos, recurso que se sustentó por un lado en el hecho de que en la resolución recurrida no se hiciese constar pie de recurso, por otro lado porque en las convocatorias no se hiciesen constar los méritos de los aspirantes al puesto a cubrir, por otro lado porque no se valoró el hecho de que no se hiciesen públicos los nombres de las personas elegidas, ni se hayan establecido los criterios de interés público que se han tenido en cuenta para proceder a los nombramientos, todo lo cual lleva a concluir que la comisión de servicios ha sido utilizada de manera fraudulenta.--

En segundo lugar, porque el juzgador a quo ha incurrido en error en la apreciación de la prueba en cuanto que, con respeto a la elección de la Jefatura de Sección de la Alcaldía, porque la falta de indicación en ella del nivel del puesto en la convocatoria, hubo muchos funcionarios de nivel A-1 y A-2 que si lo hubiesen conocido hubiesen concurrido; con respecto al resto de las convocatorias, porque no se acreditan las razones de urgencia y provisionalidad, constando que existen jefaturas que desde hace más de quince años no han salido a concurso a la par que los funcionarios que las cubren en comisión de servicios llevan años en dicho puesto, lo que hizo que el Pleno del





Ayuntamiento acordase instar al equipo de gobierno municipal a cubrir las vacantes por el sistema de concurso y no por el sistema de comisión de servicios, máxime cuando en éstas no se cubren los mínimos legales relativos a la descripción de las funciones del puesto, el nivel del mismo y los criterios de interés público y méritos a valorar.

En tercer lugar, porque una vez que el sistema ordinario para cubrir los puestos de trabajo entre funcionarios, es el concurso de méritos, no se justifica que se acuda al sistema de comisión de servicios, no siendo suficiente para ello el afirmar que es el modo ordinario para cubrir las Jefaturas del Ayuntamiento, no que se carezca de Relación de Puestos de Trabajo, pues en la actualidad existe un Catálogo que permite acudir al concurso, máxime cuando no se justifican las razones de urgencia inaplazable que justificasen el mismo, no su provisionalidad.

En cuarto lugar, porque se ha infringido la jurisprudencia sobre los nombramientos discrecionales, pues los puestos a cubrir, en cuanto que no eran directivos ni altos cargos, sino simples jefaturas, que en la estructura de la administración general son de nivel bajo y medio.

En quinto lugar, porque existe desviación de poder en la conducta de la Administración pues una vez que existen puestos que llevan más de quince años sin haberse ofertado por el sistema de concurso, son ofertados a través de comisiones de servicio, utilizando para ello una norma de cobertura para tratar de dar apariencia de legalidad, 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: 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.

TERCERO: 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 concurren 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 364/1.995).

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, y por otro si la resolución en la que se acuerdan los nombramientos resulta mínimamente motivada. Pues bien, con relación a dicha cuestiones procede hacerlas siguientes consideraciones:

En primer lugar, en orden al requisito de urgencia, una vez que en el anuncio para la provisión de los puestos de Jefe de Negociado de semaforización y aforos, jefe de negociado-económico administrativo, redes sociales y administración, únicamente se hacía constar que se planteaba la "necesidad objetiva y urgente de proceder a la provisión, aunque sea con carácter provisional y en comisión e servicios interna", no puede entenderse cumplido dicho requisito de tener que justificar la urgencia, pues dicha expresión, -- sin especificar la razón de la urgencia, como podía ser el tiempo que llevaba vacante, el trabajo que por dicha razón se había acumulado o cualquier otra que la Administración tuviese por oportuna para no demorar el nombramiento --, no deja de tener un carácter conclusivo que como tal no justifica la urgencia, pues la urgencia es un requisito que como tal hay que justificar que concurre, no presuponiéndolo por el simple hecho de que se diga que es urgente su necesidad.

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 e 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 funcionarial 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.”

QUINTO: Entrando a conocer del motivo referido a que el juzgador a quo ha incurrido en error en la apreciación de la prueba en la medida en que, con respeto a la elección de la Jefatura de Sección de la Alcaldía, no se indicó debidamente el nivel del puesto en la convocatoria, así como que con respecto al resto de las convocatorias, porque no se acreditan las razones de urgencia y provisionalidad, hasta el punto que el Pleno del Ayuntamiento acordase instar al equipo de gobierno municipal a cubrir las vacantes por el sistema de concurso y no por el sistema de comisión de servicios, el mismo ha de ser estimado y ello porque, por un lado, en lo referente a la falta de indicación del nivel del puesto de trabajo en la convocatoria de la mencionada Jefatura, una vez que en ésta se hizo constar que podrían interesar la comisión de servicios los funcionarios titulares de plazas de los Subgrupos de clasificación A1, A2 y C1, no se justifica que posteriormente, por la vía de hecho y sin resolución alguna, se excluya a los del subgrupo C1, por entender que ello era un patente error, pues, sin entrar a conocer sobre si efectivamente a dicha plaza no podían acceder los funcionarios de dicho subgrupo, 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 último 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 todo lo cual procede revocar la sentencia dictada, y en consecuencia el recurso contencioso administrativo interpuesto*





SEXTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas en la instancia, una vez que el recurso contencioso administrativo es estimado, procede condenar a su pago a la parte demandada, no así con respecto a las causadas en la apelación, pues al estimarse el recurso, procede no 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 Rutlant, en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada el 25 de Enero de 2017, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Málaga, en autos nº 571/2016, y en consecuencia, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra los anuncios para cubrir por el sistema de comisión de servicios los puestos de Jefe de Sección Jurídico administrativa del Área de Alcaldía”, publicado el uno de Noviembre de 2016; “Jefe de Sección de Cultura Luxv. del Área de Cultura”; “ Jefe de Negociado de Semaforización y Aforos del Área de Movilidad”, publicados el 28 de Diciembre de 2015; “Jefe de Negociado Económico administrativo del Área de Turismo y Promoción de la Ciudad”, publicado el 11 de Mayo de 2016, y contra el anuncio publicado el 29 de Mayo de 2016 para la provisión del puesto de “Jefe de Negociado de Redes Sociales del Área de Comunicación”, publicado el 29 de Mayo de 2016 y “Jefe de Negociado de Administración del área de Innovación y Nuevas Tecnologías”, publicado el 30 de Mayo de 2016, los anulamos, así como los nombramientos que como consecuencia de ello, se han llevado a cabo en las personas de [REDACTED]

[REDACTED] todo ello con condena a l aparte demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en el recurso de 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 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 pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.



