

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 (rec.1594/2017)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 873/2019

Fecha de sentencia: 24/06/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1594/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: RSG

Nota:

R. CASACION núm.: 1594/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 873/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 24 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **1594/2017** interpuesto por la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** mediante escrito de su letrado, contra la *sentencia de 27 de diciembre de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso contencioso-administrativo 50/2015* . Ha comparecido como parte recurrida doña Antonia representada por la procuradora doña Lucía Agulla Lanza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, la representación procesal de doña Antonia interpuso el recurso contencioso-administrativo 50/2015 contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) en Melilla de 28 de noviembre de 2014, por delegación del Director General, por la que se nombra en comisión de servicios a la funcionaria Belinda como Jefe del Área de Recaudación en el período voluntario de la TGSS Dirección Provincial de Melilla.

SEGUNDO .- La citada Sala dictó *sentencia de 27 de diciembre de 2016* cuyo fallo dice literalmente:

" *Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a Cecilia Moreno Pérez en nombre y representación de Antonia contra la resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 28 de noviembre de 2014, que se anula por no ser conforme a derecho, con expresa imposición de las costas procesales causadas a cargo de la administración demandada* ".

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la TGSS mediante escrito de su letrado ante dicha Sala informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por *auto de 16 de marzo de 2017, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.*

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personada la TGSS

como recurrente, la *Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 3 de julio de 2017* admitir el recurso de casación y lo siguiente:

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

" *Si, dada la redacción del artículo 81.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y del artículo 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (Reglamento General de Ingreso y provisión de puestos de trabajo), es o no imprescindible que la cobertura de puestos de trabajo en comisión de servicios deba ir precedida de una convocatoria pública cuando -teniendo en cuenta el tenor literal del primero de aquellos preceptos- no consta la existencia de normas de aplicación que señalen un plazo específico para proceder a tal convocatoria.*

"Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 81.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público* y en el *artículo 64 del Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado* aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo"

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 10 de julio de 2017 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La TGSS mediante escrito de su letrado evacuó el trámite conferido mediante escrito de 26 de septiembre de 2017 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, cuál es su pretensión en el presente recurso a los efectos del *artículo 92.3.b) de la LJCA* y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 20 de octubre de 2017 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del *artículo 92.6 de la LJCA* y considerándose innecesaria la celebración de vista pública, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 28 de noviembre de 2017 se tuvo por personada y parte en calidad de recurrida a la procuradora doña Lucía Agulla Lanza en representación de doña Antonia.

NOVENO.- Mediante providencia de 30 de abril de 2019 se señaló este recurso para votación y fallo el 18 de junio de 2019, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 20 de junio siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la instancia se impugnó la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia por la que se nombró, en comisión de servicios, a doña Belinda como Jefe del Área de Recaudación en el período voluntario de la TGSS Dirección Provincial de Melilla. La sentencia ahora impugnada anuló tal resolución con base en estos razonamientos que se exponen en síntesis:

1º No hubo oferta pública de la plaza, con infracción del *artículo 81.3 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante, EBEP).

2º El nombramiento carece de motivación, pues el acto impugnado es un mero impreso y el informe de 8 de agosto de 2014 que alega la TGSS como motivación no se basa en criterios objetivos relacionados con la carrera profesional de la nombrada, sino subjetivos, de mera confianza, propios de cargos discrecionales de libre designación.

3º La cobertura de plazas mediante comisión de servicios no obedece a "mecanismos de designación aleatorios". Exige flexibilidad, pueden emplearse "parámetros" más sencillos y objetivos -no los más complejos propios de un concurso de méritos- entre ellos el de antigüedad tal y como se deduce del *artículo 64 del Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado* aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (en adelante, RGIPPT).

4º Concluye que se ha incurrido en desviación de poder porque se han eludido los principios de publicidad, transparencia, objetividad, mérito y capacidad, todo con el fin de imponer el nombramiento de un funcionario de la preferencia de quien hizo el nombramiento.

SEGUNDO.- El *auto de 3 de julio de 2017* identifica como normas objeto de interpretación el *artículo 81.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre y el *artículo 64 del RGIPPT*. Debe precisarse que por razón del tiempo en que se dicta la resolución administrativa impugnada en la instancia, el *artículo 81.3* objeto de interpretación es, cierto, el *artículo 81.3* pero del EBEP de 2007 si bien la diferencia y las consecuencias son nulas pues la redacción de ambos preceptos es la misma.

TERCERO.- El *artículo 81.3 del EBEP* dice 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* ". Pues bien, el auto de 3 de julio marzo de 2017 identificó que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si a la vista de la redacción de los citados preceptos " *es o no imprescindible que la cobertura de puestos de trabajo en comisión de servicios deba ir precedida de una convocatoria pública, habida cuenta que -teniendo en cuenta el tenor literal del primero de aquellos preceptos- no consta la existencia de normas de aplicación que señalen un plazo específico para proceder a tal convocatoria* ".

CUARTO.- Como se ha visto, la sentencia exige esa convocatoria pública, lo que rechaza la TGSS por dos razones: una, porque la convocatoria a la que se refiere el *artículo 81.3 del EBEP* es para la plaza ya cubierta en comisión, no a la que esté vacante y cuya cobertura sea urgente e inaplazable; y la segunda, porque la convocatoria es exigible en los procedimientos de provisión de puestos -por concurso o libre designación- luego exigir una convocatoria iría contra el principio de eficacia.

QUINTO.- De la interpretación del artículo 81.3 del EBEAP se deduce lo siguiente:

1º La comisión de servicios se regula dentro de la "movilidad" funcional, figura distinta del régimen de provisión de puestos de trabajo del *artículo 78.2 del EBEP*, y la exigencia de convocatoria pública se deduce de la literalidad del citado precepto, norma de carácter básico (*cf. disposición final primera*), mientras que el artículo 64 del RGIPPT sólo tiene como ámbito de aplicación la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos.

2º La regulación básica se ciñe a una modalidad de comisión de servicios -la que venga exigida por existencia de plazas vacantes de urgente e inaplazable necesidad de ser servidas-, su carácter potestativo, que haya convocatoria pública y la posibilidad de que se fije un plazo para su cobertura transitoria. Queda a la determinación de la normativa de desarrollo de tal norma básica regular las diferentes clases de comisiones, su temporalidad, plazo de duración, cobertura de la vacante mediante los sistemas ordinarios de provisión de destinos, etc.

3º La referencia a un plazo indeterminado en el *artículo 81.3 del EBEP* obedece, por tanto, a ese carácter básico, luego qué plazo rijan es cuestión que se deja al que señalen las normas de desarrollo de las bases. Ahora bien, tal plazo debe predicarse o relacionarse no tanto con la exigencia de la convocatoria pública, como respecto del presupuesto de la comisión de servicios: que haya una plaza vacante cuya cobertura sea urgente e inaplazable, luego su exigencia es coherente con la perentoria necesidad de cubrirla, acudiendo a esta posibilidad transitoria hasta que se cubra mediante los sistemas ordinarios de provisión de destinos.

4º Por tanto, cuando la causa que justifica la comisión de servicios es que haya una plaza vacante cuya cobertura es urgente e inaplazable, si como medida transitoria se acuerda cubrirla en comisión de servicios -obviamente voluntaria-, la comisión de servicios debe ofertarse mediante convocatoria pública y hacerlo, en su caso, dentro del plazo que prevea el ordenamiento funcional respectivo.

5º Si en la normativa de desarrollo no se prevé un plazo concreto para ofertarla, tal silencio podrá percutir en la atención a esas necesidades urgentes, esto es, a cuándo debe acordarse la comisión de servicios y cuánto tiempo puede mantenerse la plaza sin ser servida hasta que se oferte en comisión de servicios, pero no a cómo debe acordarse su cobertura para lo cual es exigible *ex lege* que sea mediante convocatoria y que sea pública. Tal exigencia es coherente con el principio de igualdad en el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, para así evitar tratos preferentes en beneficio de la carrera profesional del funcionario comisionado.

6º A la exigencia de convocatoria pública hay que añadir otras garantías y así es como cobra sentido en el ámbito de la Administración General del Estado las deducibles del artículo 64 del RGIPPT: partiendo del presupuesto general -que exista vacante y que sea urgente e inaplazable cubrirla- se regula su duración máxima y prorrogabilidad, que el designado cuente con las exigencias previstas en la relación de puestos de trabajo para ocupar la plaza en cuestión, la competencia para acordarla, que en su caso se oferte la plaza en la siguiente convocatoria para la provisión por el sistema que corresponda, más aspectos relacionados con la condiciones de trabajo del adjudicatario.

7º La convocatoria pública a la que se refiere el *artículo 81.3 del EBEP* 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.

8º Y, en fin, frente a lo que sostiene la TGSS añádase que del *artículo 81.3 del EBEP* y del artículo 64 del RGIPPT -éste para el ámbito de la Administración General del Estado-, no se deduce que la convocatoria pública proceda cuando se trata de proveer una plaza vacante ya cubierta en comisión de servicios, al margen de lo contradictorio que pueda ser ese planteamiento con la idea de temporalidad y excepcionalidad que tiene la comisión de servicios para el supuesto que contempla el *artículo 81.3 del EBEP* .

SEXTO.- Con arreglo a lo expuesto, se desestima el recurso de casación promovido por la TGSS (*artículo 93.1 de la LJCA*), y se confirma la sentencia de instancia al no haber planteado la parte recurrente en su escrito de interposición de este recurso, cuestión alguna respecto de la exigencia de motivación en el acto impugnado, que es la segunda de las razones por las que la sentencia de instancia lo anula. Desestimado este recurso, en cuanto a las costas, de conformidad con el *artículo 139.3 en relación con el artículo 93.4 ambos de la LJCA* , cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de casación y las comunes por mitad, y sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las de instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** contra la *sentencia de 27 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga en el recurso contencioso-administrativo 50/2015* , sentencia que confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.