

RECURSO DE APELACION [RPL] - 000662/2021
N.I.G.: 46250-45-3-2021-0000865

SENTENCIA Nº 446/2023

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN 2**

Ilmos. Sres/as:

Presidenta
D/Dª ALICIA MILLAN HERRANDIS

Magistrados
D/Dª ANA PEREZ TORTOLA
D/Dª RICARDO FERNANDEZ CARBALLO-CALERO
D/Dª. MARIA JESUS GUIJARRO NADAL

En la ciudad de Valencia, a 29 de mayo de 2023.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Dña. ALICIA MILLÁN HERRÁNDIS, Presidenta, Dña. ANA PÉREZ TORTOLÁ, D. RICARDO FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y Dña. MARÍA JESÚS GUIJARRO NADAL, Magistrados, el Rollo de apelación número 662/2021, interpuesto por DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA representada y asistida por el Letrado de sus servicios Jurídicos contra la sentencia n.º 338/2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia en fecha 4-10-2021, en el recurso Contencioso-Administrativo 112/2021. Es parte apelada la entidad CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS representada asistida por el Letrado D. JAVIER TARAZONA ALCÁCER.

Actúa como Ponente la Magistrada Doña MARÍA JESÚS GUIJARRO NADAL, quien expresa el parecer de la Sala, y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la sentencia apelada, dictada por el Ilmo. Sr. magistrado-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 10 de Valencia, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, estima la petición de declaración de nulidad del Decreto del Presidente de la Diputación de

Valencia número 13827, de 10 de diciembre de 2019 sobre nombramiento en comisión de servicios a [REDACTED] con efectos del 3 de enero de 2020 por el período de tiempo de un año de duración.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 23 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que el apelante cuestiona, en la segunda instancia, la adecuación al ordenamiento legal aplicable de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 10 de Valencia sobre la base de que incurre en error en la valoración de la prueba, dado que al tiempo de interponer la demanda, la comisión de servicios recurrida había sido ya prorrogada y por tanto lo pretendido por la parte actora supone ir contra sus propios actos, dado que participó en la Mesa General de Negociación en la que se acordó, por unanimidad, que en tanto se aprobaba el protocolo “se continuarían las comisiones de servicio que estaban vigentes o se prorrogaran, siempre que no fueran extraordinarias”. Por ello, dado que el Decreto recurrido es una asignación nueva de CS pero al tiempo de la demanda ya estaba prorrogada, estaría amparada por el Acuerdo y el pronunciamiento judicial debe ser revocado

Que por la representación del apelado se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la Sentencia de Instancia en virtud de sus propios argumentos. En concreto opone que el acto impugnado obedece a la asignación de una comisión de servicios, no a ninguna prórroga, debiendo tener en cuenta que el recurso de reposición se interpuso en un momento anterior (el día 13-2-20) y que del Acta de la Mesa se desprende que su representada cuestiona el procedimiento empleado para llevar a cabo las comisiones de servicio y se reserva el derecho a recurrir en el caso de que se observen irregularidades.

SEGUNDO.- La resolución judicial estima la demanda por considerar que la comisión de servicios impugnada es contraria a derecho por infracción del principio de

publicidad, con independencia de que la parte vaya o no contra sus propios actos al impugnarla. Y añade que, si bien consta que en la Mesa de negociación de fecha 6 de marzo de 2020, el sindicato actor se adhirió al acuerdo de continuar las prórrogas de las comisiones de servicios que no sean extraordinarias, ello no es lo que se analiza en este caso, pues aquí estamos ante un acuerdo inicial de concesión de la Comisión de Servicios, por lo que no se aprecia la contradicción con los actos propios invocada.

TERCERO.-Procede en primer lugar señalar que por sentencia nº 526/22 dictada por esta Sala en fecha 6 de julio 2022, se resolvió el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado núm. 7 que invoca la Diputación en fundamento de su pretensión revocatoria, y en ella dijo la Sala: “ *La cuestión en esta segunda instancia se centra, con carácter previo, en dilucidar cual es el objeto de impugnación si, tal y como sostiene el sindicato recurrente es el Decreto 23-1-2020 por el que se concede la comisión de servicios o si por el contrario, tal y como sostiene la apelada, el hecho de que al formalizar la demanda, 10-3-2021, dicha comisión hubiera sido prorrogada supone que es el Decreto de prórroga de 4-1-2021, el que constituye el objeto de impugnación, además de ser posterior al Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 6 de marzo de 2020.*

Si acudimos tanto a la demanda, como a la propia sentencia apelada, lo que se está impugnando es el Decreto de 23-1-2020 por el que se procede al nombramiento, en comisión de servicios, de Doña Candida, y no, como de contrario se pretende, el Decreto posterior acordando su prórroga, impugnación que se sustenta en la vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Sobre idéntica cuestión a la aquí controvertida, esto es, la necesidad de publicidad en la convocatoria de la comisión de servicios ha tenido oportunidad de pronunciarse esta misma Sala y sección, entre otras, en Sentencia de 29-7-2021 recaída en rollo de apelación 158/2020. A cuyos argumentos nos remitimos:

La exigencia de convocatoria pública para la cobertura de plazas de funcionarios en comisión de servicios.

El debate que se plantea en el recurso sobre la exigencia de publicidad de la convocatoria para la provisión o cobertura de una plaza en comisión de servicios está zanjado por la sentencia del T.S. de 24-6-2019, n.º 873/2019, recurso 1594/2017, que impone tal requisito de la publicidad en los siguientes términos, razonando lo siguiente:

" De la interpretación del art. 81.3 del EBEP 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 art 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 ART 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 ART. 81.3 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 art 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 ART 81.3 del EBEP " .

Ya con anterioridad la Sala en la sentencia de 26-4-2013, n.º 289/2013, recurso 237/2011 se había pronunciado en los mismos términos del siguiente modo:

"De acuerdo con el artículo 20 de TRLFPV, la comisión de servicios es unsistema de provisión de puestos de trabajo, y por ello -en principio- deberá respetar el mandato general plasmado en el art. 78 de la ley 7/07, del Estatuto Básico, que se corresponde con las previsiones constitucionales del ART 23.2 de la CE.

Dicha aplicación sin embargo no puede desconocer el alcance y la naturaleza jurídica de esta forma de provisión de puestos de trabajo por quienes ya ostentan la condición de funcionarios, que en ocasiones puede llegar a tener carácter forzoso y que según la norma solo puede ser utilizada en los supuestos por ella previstos y sujeta, bien a un plazo concreto- un año prorrogable a otro- o a la reincorporación de su titular.

De la normativa autonómica trascrita, y teniendo en cuenta que no existe aprobada regulación procedimental alguna en cuanto a la forma en que los nombramientos en comisión de Servicios deban producirse, la Corporación Local venia sujeta a respetar los mandatos del art. 20 del texto refundido de la ley de la función pública, y del art. 33 del decreto 33/99 de la GV , esto es motivar la necesidad de cubrir el puesto vacante por este sistema de provisión y que el nombrado reuniera los requisitos necesarios para ocupar el puesto, con carácter general no se exige motivación en cuanto al nombramiento de uno u otro funcionario, siempre que reúna los requisitos del puesto para el que se les nombra en comisión de Servicios , ni tampoco el cese de los funcionarios en Comisión de Servicios una vez transcurrido el plazopara el que fueron nombrados requiere motivación.

Por lo que se refiere a la aplicación a este sistema de provisión de puestos de trabajo de los principios generales dimanantes de la CE y recogidos con carácter general en este momento en el EB, referidos, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, hemos de concluir que por la naturaleza del nombramiento, cuando menos seria exigible el de publicidad, pues de esta forma se posibilita el control por los funcionarios interesados en la

provisión definitiva del puesto, en orden a que la administración cumpla rigurosamente con los mandatos legales y reglamentarios en cuanto a la provisión de estos puestos por Comisiona de Servicios ".

Esta doctrina ya la hemos tenido en cuenta en un caso idéntico resuelto por la Sala en la sentencia recaída en el recurso de apelación 251/2019 donde sosteníamos que "Aparte de estas consideraciones, y de la necesidad de preservar el principio de jerarquía normativa, en virtud del cual no podría prevalecer el mandato de un acuerdo sindical sobre el contenido de una norma con rango formal de ley, tampoco podemos aceptar que del tenor del mencionado art. 52 del Acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios de la Diputación de Valencia se desprenda que se pueda prescindir de tales exigencias de publicidad. Tal precepto enuncia el mandato de que los puestos de trabajo de naturaleza funcional se proveerán por convocatoria por el procedimiento de concurso o de libre designación según se determine en la relación de puestos de trabajo, y temporalmente a través de los sistemas legalmente previstos. Y en su apartado tercero al referirse a la cobertura de plazas con carácter temporal también alude a las comisiones de servicio como sistema de provisión. De esta manera encontramos ningún tipo de resquicio o salvedad para que la provisión de plazas mediante el sistema de comisiones de servicios pueda ser excluido o se salve del mandato del sometimiento al procedimiento general regido por las reglas de la publicidad como garantía de su transparencia".

En los mismos términos se ha pronunciado esta Sala en Sentencia 07-10-2021, nº 730/2021, rec. 235/2020.

De los anteriores pronunciamientos no se desprende ningún tipo de resquicio o salvedad para que la provisión de plazas mediante el sistema de comisiones de servicios pueda ser excluido o se salve del mandato del sometimiento al procedimiento general regido por las reglas de la publicidad como garantía de su transparencia.

Y, por ello, quedando acreditado que el objeto del presente recurso lo constituye el nombramiento en comisión de servicios de Candida , nombramiento que no ha cumplido los anteriores principios procede, con estimación del recurso interpuesto, la revocación de la sentencia apelada y con estimación del recurso contencioso formulado en la instancia anular la resolución impugnada”

Además, traemos a colación, por ser igualmente aplicable la doctrina contenida en la sentencia de fecha 7-10-21 dictada en el rec. de apelación núm. 235/2020, así como la sentencia de fecha 27-4-22 recaída en el rec. de apelación núm. 275/21

Pues bien, a la vista de la fundamentación expresada, procede ratificar la sentencia dictada, haciendo propios los razonamientos expresados en la misma, así como en la doctrina jurisprudencial de la Sala en los términos expuestos

CUARTO.-El artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente al tiempo del presente procedimiento, establece que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

Procede imponer las costas a la parte recurrente en aplicación de la doctrina general del vencimiento, si bien se limitan las del letrado a un máximo de 800 euros por todos los conceptos.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VALENCIA contra la sentencia n.º 338/2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia en fecha 4-10-2021, en el recurso Contencioso-Administrativo 112/2021, que se confirma.

2.- CON IMPOSICIÓN DE COSTAS a la parte recurrente en los términos del Fundamento Jurídico Cuarto.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la magistrada de esta Sala Dña. María Jesús Guijarro Nadal que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. letrada de la Administración de Justicia, rubricado.