



Roj: **ATS 6721/2017 - ECLI:ES:TS:2017:6721A**

Id Cendoj: **28079130012017201309**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2017**

Nº de Recurso: **1594/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15943/2016,**

**ATS 6721/2017,**

**STS 2091/2019**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 3 de julio de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO.** La representación procesal de doña Antonia interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social en Melilla de 28 de noviembre de 2014 por la que se nombra en comisión de servicios a la funcionaria doña Belinda para el puesto de trabajo de Jefe del Área de Recaudación en período voluntario de la TGSS, Dirección Provincial de Melilla.

En el escrito de demanda, tras poner de manifestó que la recurrente era funcionaria de carrera con destino en la Administración de la Seguridad Social núm. 1 de Melilla y que en su día había manifestado su interés por ocupar el puesto de trabajo adjudicado en comisión de servicios, alegaba falta de motivación del nombramiento, vulneración del art. 23 de la Constitución por no valorarse los méritos profesionales para la cobertura de la vacante y desviación de poder, pues el proceso *ha tenido por objeto favorecer la progresión profesional de la candidata seleccionada por razón de la confianza que inspira al Director Provincial que la nombra*.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) estimó el recurso mediante sentencia de 27 de diciembre de 2016, por entender que el acto de nombramiento provisional recurrido (i) vulneró el artículo 81.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al omitirse la previa convocatoria pública de la plaza vacante y (ii) prescindió de la necesaria motivación, basándose en criterios puramente subjetivos.

**SEGUNDO.** La Tesorería General de la Seguridad Social ha preparado recurso de casación mediante escrito en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar las normas de Derecho estatal que considera infringidas y razonar que las infracciones que se imputan a la sentencia son determinantes de su fallo, se defiende la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia alegando a tal fin que la interpretación en la que se fundamenta el fallo de la sentencia recurrida resulta contradictoria, ante cuestiones sustancialmente iguales, con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido -lo cual permite invocar el supuesto establecido en el artículo 88.2, apartado a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)- en dos cuestiones: la primera, si la cobertura en comisión de servicios de puestos de trabajo vacantes exige o no una previa convocatoria pública; la segunda, si resulta aplicable a esta forma de provisión de puestos de trabajo el requisito de la motivación.



Al respecto, sostiene que de los artículos 81.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, y 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, no se sigue -como afirma la sentencia recurrida- que los puestos de trabajo cubiertos en comisión de servicios deban ser objeto de convocatoria pública sino que, a su juicio, es posible omitir en estos casos tal convocatoria.

**TERCERO.** Por auto de 16 de marzo de 2017 la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Tanto la parte recurrente como la recurrida se han personado en el recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.** Como se sigue de los razonamientos expuestos, la Sala de instancia ha anulado el nombramiento recurrido -en comisión de servicios- por entender que su cobertura debe necesariamente ir precedida de la convocatoria pública a la que se refiere el artículo 81.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, a cuyo tenor *"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"*.

Y la parte ahora recurrente discrepa de tal interpretación por entender que debe entrar en juego en estos casos 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, que regula las "comisiones de servicios" sin hacer referencia en absoluto a la necesidad de aquella convocatoria, sino exclusivamente a la exigencia de que el funcionario asuma voluntariamente la comisión y reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Cumplidas las exigencias que impone al escrito de preparación el art. 89.2 de la LJCA, y considerando que del tenor literal del mismo se infiere, de forma evidente y notoria, que los motivos de interés casacional invocados son los previstos en el artículo 88.2, apartados a), b) y c), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión 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, 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.

Varias razones llevan a la Sala a entender que la cuestión mencionada presenta el interés necesario para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la misma:

1. La decisión alcanzada por la sentencia aquí recurrida puede resultar contradictoria, al menos aparentemente, con determinados pronunciamientos de otros órganos judiciales -como los de la Sala de Aragón, Sección Segunda, en la sentencia 144/2016, de 16 de marzo, y la sentencia de la Sala de Madrid que allí se cita -, en los que se afirma que la norma contenida en el artículo 64 del RD 364/1995 " *no prevé la convocatoria pública para la provisión del puesto, lo que, por cierto y a pesar de lo indicado al efecto por el actor, puede extraerse de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público cuyo artículo 81.3 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*".

2. Trasciende, además, del caso concreto - artículo 88.2.c) LJCA- pues es un hecho notorio que las Administraciones Públicas tienen que acudir con frecuencia a la cobertura de puestos mediante la comisión de servicios ante los distintos supuestos en que tales puestos pueden quedar vacantes y sea urgente e inaplazable su cobertura provisional.

**SEGUNDO.** Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 27 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) dictada en el procedimiento ordinario núm. 50/2015.



Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la mencionada en el razonamiento jurídico anterior y señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo 81.3 del texto refundido del y 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.

**TERCERO.** Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 1594/2017:

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 2505/2016, de 27 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) dictada en el procedimiento ordinario núm. 50/2015.

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.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman. D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Córdoba Castroverde D. Jesús Cudero Blas