

Encadenamiento de comisiones de servicio referidas a puesto de habilitado de carácter nacional vacante en Administración Local. STJ Galicia 7 noviembre de 2018.

La provisión de un puesto mediante un nombramiento temporal tiene una vocación limitada en el tiempo en tanto no se provea en debida forma y con carácter definitivo. Cuestión distinta es que en ocasiones -y a pesar de los intentos de la Administración- no es factible la cobertura definitiva encontrándose entre la disyuntiva de mantenerlo vacante, o cubrirlo temporalmente con alguno de los mecanismos previstos en la normativa, como es el caso de la comisión de servicios, debiendo destacar que los habilitados tienen una regulación propia que los diferencia de otros cuerpos y escalas funcionariales.

Antecedentes

Como antecedentes más destacables de la litis podemos señalar:

- 1.- Tratamos de un puesto reservado a habilitados de carácter nacional a proveer por el sistema de libre designación (LD) en una entidad local gallega.
- 2.- La prórroga de la comisión de servicios es anterior en el tiempo a la aprobación del RD 128/2018, rigiéndose por el R.D. 1732/1994, de 29 de julio, así como el Decreto autonómico gallego 49/2009.
- 3.- El puesto se había convocado por LD en sucesivos años quedando desierto, motivo por el que la Administración Local había solicitado de la autonómica la autorización de nombramiento temporal -en nuestro caso comisión de servicio- en reiteradas ocasiones, recayendo en un mismo habilitado.
- 4.- La suma total de ese periodo de comisión de servicios y prórrogas superaba los dos años (1+1) motivo por el que los recurrentes denunciaban -según su criterio- la existencia de fraude de ley, sin que tampoco existiera urgente e inaplazable necesidad en la cobertura, instando igualmente que pudieran ser llamados otros funcionarios del ente local a dicha cobertura so pena de conculcar el artículo 23.2. CE.

Nuestro alegato.

Por nuestra parte defendíamos la plena legalidad del acto administrativo por varios motivos:

A.- Preferencia de los habilitados sobre cualquier otro funcionario que carezca de dicha condición.

En este sentido citábamos el Decreto autonómico 49/2009 que señala:

“Artículo 39 Sistemas de provisión no definitivos

1. *Los puestos reservados que por cualquier razón no hubiesen estado desempeñados por funcionarios/as con habilitación de carácter estatal, podrán cubrirse **mediante nombramiento provisional, comisión de servicios, acumulación, funcionario/a accidental o nombramiento de funcionario/a interino/a, por este orden de preferencia** con las excepciones indicadas en los artículos siguientes.”*

Pudiendo observarse cómo existe una clara prelación en la tipología de nombramientos, sin que sea admisible la libre opción entre cualquiera de ellos.

Al no ser viable -en nuestro caso- el nombramiento provisional, debía acudir necesariamente a la comisión de servicios en favor de un habilitado antes de acudir a un nombramiento accidental o de funcionario interino.

Esta preferencia venía avalada por distintos fallos del TS, citando **Sentencia TS Sección 7ª, Sentencia de 28 Mayo 2007, Rec. 283/2004**

“De nuevo hay que coincidir con el Abogado del Estado cuando subraya que el interino no tiene derecho a permanecer con carácter definitivo en el puesto para el que haya sido nombrado. Y, también, en que el artículo cuestionado no infringe el principio de igualdad ya que no se encuentra en las mismas condiciones el funcionario con habilitación de carácter nacional que un interino.”

En similar sentido **Sentencia T.S.J. Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2012:**

*“En la sentencia del T.S. de 28 de Mayo de 2007 declarando ajustada a derecho la nueva redacción del artículo 30 por R.D. 834/03, haciendo hincapié en la **preferencia de los funcionarios “provisionales” sobre los “interinos”, es decir, de quienes ostentan la habilitación para el ejercicio de funciones reservadas en las entidades locales sobre los demás,** debiendo cesar automáticamente, sin que ello suponga trato contrario al principio de igualdad “ya que no se encuentran en las mismas condiciones el funcionario con habilitación de carácter nacional que un interino”.*

B.- Actuación diligente por parte de la Administración para la provisión del puesto con carácter definitivo / Comisiones de servicios sucesivas pero distintas.

Otro elemento muy relevante a nuestro juicio era el valorar la actuación del ente local en el sentido de si había mantenido una conducta pasiva y de inacción respecto a la convocatoria o en su caso se había intentando la misma con resultado infructuoso, resultando acreditado que la entidad local había ofertado en reiteradas ocasiones dicho puesto quedando el mismo desierto, con lo que el nombramiento temporal se articulaba como “mal menor” para poder contar con un habilitado en puesto de responsabilidad muy necesario para el ente local.

En este punto también acompañábamos la información que aparecía en listados públicos facilitados por la Administración autonómica en la que podía observarse la existencia de numerosos puestos de habilitados vacantes o incluso cubiertos mediante nombramiento accidental –de prelación inferior a la comisión de servicios-, siendo entonces 67 puestos los que se cubrían por este sistema evidenciando la insuficiencia de habilitados para la cobertura de todos los puestos vacantes.

Otro punto destacable era la inexistencia de una continuidad artificiosa y fraudulenta en la comisión y sus prórrogas desde el momento en que tratábamos de distintas comisiones -que en ningún caso fueron más allá del 1+1-, inclusive con la existencia de cese y posterior inicio de una nueva comisión de servicios con un nuevo plazo autónomo de 1+1. Lo esencial para nosotros es que esa nueva comisión -o su prórroga- siempre vino anudada a la imposibilidad de la cobertura definitiva de la plaza vacante mediante el procedimiento legalmente establecido ya que había quedado desierto, siendo una espejo del otro (nombramiento temporal/ declaración desierta convocatoria provisión definitiva), quedando sin efecto la comisión de servicios en el mismo momento en que se adjudicara definitivamente.

Por otro lado y en cuanto a la prioridad y criterios manejados para el nombramiento temporal nada había que objetar ya que la repetición a favor de la misma persona venía dada por ser la que ostentaba mejor derecho de acuerdo al Decreto 49/2009, inclusive en su momento se puso en conocimiento de los distintos colegios profesionales la situación de vacante del puesto para facilitar mayor concurrencia. Por otro lado la Administración autonómica mantiene un listado actualizado de todos los puestos de habilitados en la comunidad y su forma de cobertura, de tal modo que cualquier habilitado con mejor derecho se puede llamar a la provisión de cualquiera de los puestos.

C.- Urgente e inaplazable necesidad.

Respecto a la realidad de la necesidad de la cobertura se ponían de manifiesto las importantes funciones que tienen asignados los habilitados con cita del 92 bis de la Ley 7/1985 LRSAL -redacción dada por ley 27/2013 de diciembre de racionalización y sostenibilidad- que establece:

“1.- Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional:

- 1. a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.*
- 2. b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.”*

Necesidad que en el ente local se veía agravada por la situación de vacante de otro puesto de habilitado de importante relevancia.

STJ Galicia de 7 de noviembre de 2018.

La sentencia de instancia desestima el recurso de los demandantes, siendo confirmada por la Sentencia del TSJ Galicia de 7 de noviembre de 2018, pudiendo destacar:

“En consecuencia, en esos cuatro años transcurridos desde la primera comisión de servicios otorgada se convocó en tres ocasiones el puesto para su provisión definitiva por libre designación, quedando desierta en todas ellas, lo que redunda en la necesidad de su cobertura y en el reiterado interés en que lo fuese definitivamente.

A la vez, a la conclusión de cada una de las comisiones o prórrogas otorgadas la señora fue cesada, lo que demuestra que se ha seguido el procedimiento normativamente previsto en cada una de ellas (artículo 92 bis, apartado 7, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, y artículos 32 y 39 del Decreto autonómico 49/2009), y que se han acatado los principios de mérito y capacidad, pues fue propuesta y nombrada persona que reunía los requisitos para el cargo, al tratarse de una funcionaria con habilitación de carácter nacional destinada en el territorio de la propia Comunidad Autónoma.

Asimismo se ha respetado cuanto exige el artículo 43.2 del mismo Decreto 49/2009, según el cual " La comisión de servicios se efectuará a petición de la entidad interesada y con la conformidad del funcionario y de la entidad donde preste servicios y/o destino".

Por otra parte, se ha respetado el orden de preferencia a que se refiere el artículo 39 del Decreto autonómico 49/2009, en el que se dispone que "Los puestos reservados que por cualquier razón no hubiesen estado desempeñados por funcionarios/as con habilitación de carácter estatal, podrán cubrirse mediante nombramiento provisional, comisión de servicios, acumulación, funcionario/a accidental o nombramiento de funcionario/a interino/a, por este orden de preferencia con las excepciones indicadas en los artículos siguientes".

Lo que no está previsto normativamente es lo que la recurrente reclama, que no viene a ser sino un concurso para proveer, en comisión de servicios, la plaza vacante, ya que ni en el artículo 92 bis, apartado 7, de la Ley 7/1985, ni en el 32 y tampoco en el 39 del Decreto gallego 49/2009, ni en ningún otro, se regula una convocatoria para ofertar la comisión de servicios a través de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, sin que exista fundamento ni base para reputar conculcado el artículo 23.2 de la Constitución española que por la recurrente se cita, ya que quien ha sido reiteradamente nombrada tiene la titulación exigida en la normativa aplicable, lo que permite deducir su aptitud y capacidad para desempeñar el puesto por aquel cauce extraordinario.

En segundo lugar, no existe base alguna para considerar que ha existido fraude de ley por el hecho de no haberse convocado la comisión de servicios, pues ya hemos visto que no está previsto normativamente, además de que no se cita por la apelante precepto alguno que respalde su alegación de que existen vías preferentes de acceso a los puestos públicos, como el concurso de traslados y la promoción interna. De hecho, entre los funcionarios con carácter nacional no existen concursos de traslados, sino concursos ordinarios y específicos, como se desprende del artículo 12 del Real Decreto 1732/1994"

Y se añade:

"Del examen del expediente se desprende que ni ha existido un habilitado con carácter nacional que, cumpliendo los requisitos normativamente exigidos, haya mostrado interés en que se le adjudicase el puesto con carácter definitivo, pues hasta en tres ocasiones fue convocado para su provisión por libre designación, habiendo sido declarado desierto otras tantas, ni consta que un habilitado nacional con mejor derecho que la señora se haya postulado para el nombramiento temporal en el puesto.

Por último, no cabe duda de que la provisión del puesto en comisión de servicios se adecúa al interés general y a las necesidades del Concello , a la vista de que no ha sido posible cubrirlo definitivamente.”