

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Albacete

Sección: 2

N.º de Recurso: 175/2013

N.º de Resolución: 10239/2014

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO CONTENCIOSO

S E N T E N C I A N.º 239

En Albacete, a uno de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 175/13 del recurso de Apelación seguido a instancia de la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, contra D. Candido, que ha estado representado por el Procurador Sr.

López Ruiz y dirigido por el Letrado D. Julián Monedero Palacios, sobre CESE DE COMISIÓN DE SERVICIOS ; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Albacete, de fecha 27-3-2013, número 121/2013, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 175/2013. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado D. Julián Monedero Palacios, en nombre y representación de D.

Candido se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Consejería de Agricultura de 18-6-2012 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por el recurrente contra la resolución de 13-3-2012 de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura que acordaba dar por finalizada, con efectos del mismo día, la comisión de servicios concedida al actor por resolución de 11-1-2007 en el puesto "J.

Oficina Comarcal", Código del puesto 03254, debo declarar y declaro su anulación por ser contraria a derecho, reconociendo el derecho del actor al reingreso al puesto de trabajo concedido en comisión de servicios (Jefe de la Oficina Comarcal Agraria de Albacete) con las consecuencias económicas y administrativas inherentes a tal pronunciamiento. La Administración demandada deberá abonar las costas causadas en el presente procedimiento." SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 16-6-2014 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada anuló el cese del actor, funcionario de carrera de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, perteneciente al Cuerpo Técnico, adscrito en comisión de servicios el 11-1-2007 al puesto de Jefe de la Oficina Comarcal Agraria de Albacete, comisión de servicios que ha ido prorrogándose anualmente hasta la última renovación de 11-1-2012, siendo revocado su nombramiento con fecha de 13-3-2012, dándose la circunstancia de que al mismo tiempo que era cesado, se nombraba también en comisión de servicios a D. Indalecio para el mismo puesto que el recién cesado ocupaba en la Oficina Comarcal Agraria de Albacete.

La sentencia apelada anula el cese ya indicado por carecer dicho acto de la motivación exigible, ya que en el informe del Coordinador Provincial de la Consejería de Agricultura de fecha 10-2-2012 que justifica dicho cese

se indica que el puesto desempeñado requiere unas aptitudes y capacidades de las que carece el actor pero sin más especificación de cuales son las cualidades de las que carece el actor para el desempeño del puesto, siendo el citado informe vago y genérico. Además entiende que se trata de un informe "ad hoc" elaborado con posterioridad con la única finalidad de motivar el cese, que no figuraba en el expediente administrativo. Entiende la apelada que aun cuando se invoque en la decisión del cese el art. 74.6 e) de la Ley de Empleo Público de Castilla La Mancha la revocación de la comisión de servicios del actor **solo estaría justificada por la desaparición de la necesidad de cubrir la plaza**, amén de por el transcurso del plazo por el que fue concedida, por haber sido ocupada la misma con carácter definitivo, pero en este caso no solo no se invoca ninguna de las causas mencionadas sino que se decide revocar la comisión de servicios sin especificar los motivos que justifican tal decisión administrativa sin que la necesidad de motivación se vea colmada por la remisión a lo dispuesto en el art. 76.6 de la Ley de Empleo Público de Castilla La Mancha que si bien exime a la Administración del deber de motivación no puede pasar por alto lo previsto en el art. 54 f) de la Ley 30/92 sobre el deber de motivación de los actos por los que se ejercitan potestades discrecionales. Termina la apelada afirmando que la revocación de la comisión de servicios no precisa de motivación cuando se cumple el plazo temporal inicialmente indicado pero cuando no es así si es necesaria una mínima y somera motivación que permita conocer cual es la causa de dicho acto y la jurisdicción pueda revisar la legalidad de aquél, haciendo invocación de la sentencia de la Sala de fecha 22-12-2000, recurso 78/2000.

El recurso de apelación presentado por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha se articula en torno los siguientes motivos de impugnación:

1.º El desempeño de un determinado puesto de trabajo en comisión de servicios no se puede configurar como un derecho al nombramiento, ni el nombrado es titular del puesto, ni tiene derecho a las prórrogas sino como una simple expectativa que puede verse cumplida o no; se trata de un ocupante temporal del puesto.

2.º Estamos ante un acto discrecional cuyo cese no precisa de especial motivación de acuerdo con la jurisprudencia, ya que si tanto el nombramiento en este caso no precisa de especial motivación tampoco lo exige el cese.

3.º Añade que el actor no reunía las condiciones adecuadas para el desempeño de la plaza según el informe de fecha 10-2-2012 del Jefe del Servicio de Coordinación y Servicios del que dependía.

4.º En último término y para el caso de desestimarse el recurso se solicita se limite el derecho al reingreso del actor en su puesto a la fecha de la finalización de la última prórroga producida de modo tácito que va del 11-1-2012 a 11-1-2013, ya que reconocer el derecho más allá del indicado límite temporal excedería del contenido temporal de carácter limitado al que estaba sometido el nombramiento del actor de prórroga anual de la comisión de servicios concedida.

Por la parte apelada se solicita la confirmación de la sentencia dictada al considerarla ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Tanto de la regulación contenida en el art. 64 del R.D. 364/95, de 10 de marzo, como del art. 74 de la Ley de Empleo Público de Castilla La Mancha 4/2011, se desprende que las comisiones de servicios se configuran como un mecanismo de atribución no definitiva de un puesto de trabajo que supone el traslado voluntario a un puesto de trabajo vacante cuya provisión se considera de urgente e inaplazable necesidad. Tanto la comisión de servicio voluntaria como la forzosa tienen legalmente establecida una duración máxima y es consustancial a su naturaleza jurídica su carácter provisional. La Administración puede revocar la comisión de servicio por cuanto ésta no puede convertirse en un derecho a ocupar un puesto de manera indefinida ya que esto determinaría la pérdida de su carácter provisional y su conversión en una adscripción permanente a un determinado puesto; y la facultad de revocación reconocida a la Administración a los efectos de satisfacción del interés público prevalente respecto a los intereses particulares de los funcionarios, no puede llevarse a cabo sin causa legal alguna que la justifique de acuerdo con la propia regulación de la comisión de servicios, ya que aun cuando tiene carácter temporal ello no significa que su duración dependa exclusivamente de la voluntad de quien la confirió, y así tanto su otorgamiento como su terminación se justifican en función de las necesidades del servicio.

En principio, no deja de ser una situación un tanto anómala que una comisión de servicio como la del actor que es de naturaleza temporal, limitada en el tiempo y provisional se haya prorrogado indefinidamente desde el año

2007 al 2012, año tras año, hasta el cese el 13-3-2013 a pesar de las previsiones legales de que sean objeto de convocatoria pública cada dos años. Ahora bien, si se hubiera querido acabar con esa situación de transitoriedad o interinidad hubiera sido muy fácil acabar con ella no renovando la prórroga en curso y a continuación procediendo a la convocatoria de un procedimiento legal de provisión del puesto, pero lo que resulta a todas luces improcedente es fundamentar el cese del actor en la desaparición de las necesidades del servicio que motivaron el nombramiento, que es la motivación del acto recurrido - folio 8 del expediente administrativo- y a renglón seguido y con fecha de 14-3-2012 proceder al nombramiento de otro funcionario público, D. Indalecio, para el mismo puesto desempeñado por el actor apelado y también en la misma situación de comisión de servicios. Este último nombramiento sin solución de continuidad con el cese del actor demuestra bien a las claras que las necesidades del servicio y de provisión de la plaza siguen existiendo y que la verdadera causa de la destitución debe ser otra muy distinta, mostrándose la esgrimida como completamente vana y mendaz.

La endeblez y torpeza de la causa analizada enseguida resalta y resplandece cuando la propia Administración se desdice y afirma que la verdadera causa del cese es en realidad la falta de aptitud y capacidad del funcionario cesado para el desempeño del puesto de trabajo asignado. Extraña una motivación tan vaga e imprecisa para la destitución de un funcionario que lleva desempeñando su puesto durante más de cinco años sin constancia de ninguna nota desfavorable en su expediente personal cuando durante todo ese tiempo la Administración ha tenido la oportunidad de no renovarle la comisión y a pesar de ello no ha hecho uso de dicha facultad. Esta imprecisión y falta de claridad así como la improvisación con la que se plantea - según el informe de 20-2-2013 que se acompaña como prueba- de la que se hace eco en sus razonamientos la sentencia apelada, hace poco creíble dicha causa en un puesto desempeñado por personal técnico y suficientemente experimentado.

Como hemos señalado en la sentencia de la Sala n.º 83/2000, de 22 de diciembre, recurso de apelación 78/2000 : " Únicamente diremos dos cosas: la primera que es total y absolutamente repudiable lo que pretende la Administración demandada, que no es sino aplicar la técnica de la libre designación a un puesto de trabajo - de Inspectora de Educación - que no consta que se provea de esta manera y que aun cuando se cubriera por la actora en comisión de servicios no permite ni la libre designación ni el libre cese, debiendo aplicarse en los casos de cese anticipado de la comisión a la duración inicialmente establecida cuando menos el régimen de causas relacionado con la propia utilización de esta forma de provisión de puestos de carácter temporal, ligadas siempre a razones del servicio y nunca al capricho y arbitrariedad del que toma la decisión. Por tanto, la motivación no puede entenderse implícita en el cese pues nunca puede estribar en la pérdida de confianza y menos en la pérdida de confianza derivada del cambio de Administración por asumir la Comunidad Autónoma las transferencias en materia de Educación. Insiste la Sala en que no se trata de un puesto de trabajo de libre designación o de confianza como parece entender la Administración en la práctica. Si bien se puede reconocer a esta técnica de provisión de puestos de trabajo una cierta discrecionalidad, siempre se dan unos elementos reglados que condicionan la utilización de la misma. Por otro lado, la Administración siempre debe estar en condiciones de motivar o justificar tanto la utilización de este mecanismo de cobertura, como de su terminación si desaparece necesidad del mismo antes de que concluya el plazo de duración fijado al mismo, pues de otro modo el funcionario no tendría garantía ninguna de su puesto y quedaría a merced de la Autoridad que le nombró o de cualquier otra que le sucediera, lo que no admite el Estatuto de la Función Pública. En consecuencia, en este caso la ausencia de toda motivación unida al hecho de que la Administración consideraba necesaria la comisión de servicios, pues como se desprende de la prueba nada más cesar a la recurrente se procedió al nombramiento de otro personal en comisión de servicios para la Inspección de Educación, permite concluir con toda certeza en la absoluta arbitrariedad de la resolución recurrida y en el acierto de la sentencia apelada al declarar la ilegalidad de la misma y de la resolución del Consejero desestimatoria del recurso de alzada en cuanto al cese o revocación de la comisión".

La cita que hacemos de la sentencia que traemos a colación, ya invocada en la apelada, parece oportuna y pertinente en la misma línea de razonamientos de que la revocación de la comisión debe ser explícita, explicada y deberse a una causa legal. Precisamente analizadas las causas que en el presente caso han motivado el cese encontramos aun siendo alguna de ellas legal, en todo caso y en modo alguno están

justificadas. Esta ausencia de causa de justificación del cese hace que dicho acto pueda tildarse de arbitrario y caprichoso, implicando además en nuestro caso un ejercicio desviado del poder actuado por las razones que trataremos de explicar a continuación.

TERCERO.- A pesar de ser consciente la Administración de la necesidad de justificar la destitución apoyándose en una causa legal con la cita de sentencias que se hace en el recurso, que precisamente recuerdan esa necesidad y de que debería procederse a un procedimiento legal de convocatoria pública para cubrir la plaza ocupada por el actor tanto tiempo desempeñada provisionalmente a pesar del mandato legal de su limitación a dos años, haciendo especial referencia a la necesidad de motivación de los actos discrecionales, vuelve a incurrir en el mismo vicio que trata de sanar reincidiendo en una nueva comisión de servicio a favor de un funcionario de su conveniencia que sustituye al destituido. La Sala no entiende como para corregir un acto supuestamente viciado e irregular la Administración vuelve a reincidir en el mismo defecto que trata de enmendar de una manera tan nítida y descarada y sin ningún tipo de reparo o escrúpulo de conciencia.

Las especiales circunstancias que concurren en el caso permiten a la Sala discernir sobre el uso desviado del poder que implica la destitución caprichosa e irregular de un funcionario para nombrar a otro con el fin de ocupar la plaza del cesado de manera ilegal, que solo puede encontrar explicación a la vista de la arbitrariedad y reincidencia cometidas, en afinidades ideológicas, o acepciones o simpatías personales o de tipo político, sobre todo teniendo en cuenta el cambio de gobierno que tuvo lugar en nuestra Comunidad en mayo del 2011, que en modo alguno pueden legitimar la actuación administrativa examinada, la cual solo puede ser enjuiciada desde el punto de vista de parámetros legales, cuando si algo caracteriza a la Administración en un Estado de Derecho es el servicio que debe rendir a la Ley. Es el interés en favorecer con el nombramiento efectuado a un determinado funcionario con las connotaciones merecedoras de reprobación que hemos explicado, la verdadera razón que encontramos para poder explicar la arbitrariedad cometida con el cese del apelado, lo que convierte a dicho acto en francamente reprobable por su veleidad o desmesura teñida de la desviación de poder en que se incurre, debiendo añadirse esa técnica como instrumento jurídico para la anulación del acto sometido a revisión (art. 70.2 de la LJCA).

Desviación de poder, dice HAURIUO es "el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio". Tiende esta doctrina a la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados.

La teoría ha sido elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés al conocer de los recursos promovidos en vía de excés de pouvoir y someter a revisión jurisdiccional contencioso administrativa los actos discrecionales de la Administración.

Resulta claro así que la teoría de la desviación de poder, que es, como dijimos más atrás, una consecuencia natural y lógica de la Administración jurídica que el Estado de Derecho instaura, tiene por virtualidad la pretensión de que el ejercicio del poder, que inherentemente implica el predominio de la voluntad pública o general sobre la del individuo, se realice siempre en mérito a la primacía del interés social que prevalece sobre un determinado interés particular, y que sólo pueda imponerse el sacrificio de éste en cuanto sea socialmente requerido y determinado por el fin institucionalmente dotado de prevalencia, que no ha de ser extraño al objetivado en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de cada competencia pública.

Los actos de la Administración se presumen legítimos. Consecuencia de ello es su ejecutividad (arts. 46 y 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 361 de la Ley de Régimen Local). Esto es una prerrogativa de la Administración. Del mismo modo que los actos de los particulares se presumen de buena fe, los de la Administración se presumen legítimos. Su ilegitimidad hay que probarla.

Ahora bien, para llegar a esa prueba hay que tener en cuenta que el Tribunal tiene a su disposición no sólo la alegada por las partes, sino la que, de oficio, puede practicar.

No hay que olvidar que, en muchos casos, la prueba de la desviación de poder será difícil. Es por ello por lo que una añeja jurisprudencia dice que es suficiente la convicción moral que forme el Tribunal para su estimación.

La declaración citada, como hace observar Clavero Arévalo, es de la mayor trascendencia. Y estima que "si esta doctrina no cambia, pronto llegará a la Administración activa los sanos efectos de su ejemplaridad".

Según dijimos anteriormente, en muchas ocasiones la desviación puede tener origen en un acto inmoral del funcionario que lo llevó a cabo, y es entonces cuando la prueba tiene un valor definitivo.

La desviación, según Clavero, en muchos casos es difícil de probar plenamente, pero fácil de advertir.

Es por ello por lo que el Tribunal en esta materia no puede tener una prueba tasada. Y por lo que al igual que en materia penal actúa por convicción, también aquí puede y debe hacerlo. La timidez de los Tribunales en este punto equivaldría a la ineficacia de la garantía que se quiere conseguir a través de esta figura jurídica.

Martínez Useros estima que el éxito del recurso basado en desviación de poder dependerá, en gran medida, de los medios de investigación utilizados por el Juez.

¿Podrá aplicarse la desviación de poder sin haber sido alegada por el recurrente? Sin duda, la ley pretende - art. 70.2 de la LJCA - que el acto que tuviera vicio de nulidad, cualquiera que éste fuere, incluso tal desviación, se anule. En el presente caso el recurrente en los distintos escritos presentados en vía administrativa, incluido el recurso de alzada, se refiere reiteradamente al desafuero cometido con su separación o relevo del servicio encomendado. Este alegato de parte sirve a la Sala para tratar la relevancia jurídica de dicha denuncia con todas sus consecuencias legales que se deriven de ella, alcanzando a la desviación ya examinada.

Efectivamente, en el momento presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la institución de la desviación de poder solo debe intervenir de forma subsidiaria para hacer frente a actos administrativos exteriormente acordes con las reglas de competencia y de procedimiento e incluso con las de derecho material aplicado, pero que internamente suponen "una contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa desarrollada" (STS de 7-4-86), "una distorsión de la normal finalidad del acto" (STS de 11-4-89), una "no utilización de la potestad administrativa de forma objetiva, acorde con la finalidad perseguida" (STS de 12-5-86), exigiéndose una "demostración de una finalidad torcida" (STS de 9-6-86), la demostración de "perseguir una finalidad espuria" (STS de 11-6-86), "un propósito de satisfacer intereses extraños al bien público" (STS de 26-12-60), siendo preciso demostrar que el acto impugnado, ajustado a la legalidad extrínseca, "no responde en su motivación interior al sentido teleológico de la actividad administrativa" (STS de 9-4-87), no cabiendo confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto (STS de 19-5-86), siendo insuficiente frente a la presunción de legalidad del acto, presentar meras conjeturas o sospechas (STS de 9-6-86), exigiéndose igualmente proporcionar los datos para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia (STS de 14- 4-86).

CUARTO.- La Junta solicita en su recurso de manera subsidiaria que se limite la reincorporación decretada a la fecha de la última prorroga previsible que sería hasta 11 de enero de 2013. Sin embargo la Sala no puede acceder a dicha pretensión que solo podría ser aceptable desde la óptica de una actuación administrativa legal y ajustada a derecho que no cumple la resolución adoptada. Por otra parte tratándose del ejercicio de facultades de carácter discrecional pero necesitadas de motivación a los órganos jurisdiccionales les está vedado "determinar el contenido discrecional de los actos anulados" (art. 71.2 de la LJCA).

El recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso las costas de esta alzada se le imponen a la parte apelante según lo previsto en el art. 139 de la LJCA.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

F A L L A M O S

1.º Desestimamos el recurso de apelación interpuesto.

2.º Confirmamos la sentencia apelada.

3.º Imponemos las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváz Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a u no de septiembre de dos mil catorce.