

# LA PROVISIÓN DE PLAZAS DE PERSONAL ESTATUTARIO MEDIANTE COMISIÓN DE SERVICIOS

*Ángel García Millán*

*Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*

*Concepción Moreno del Mazo*

*Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS; III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD; IV. LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN LA LEY 55/2003, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD; V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: LA MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS. a) Justificación de necesidades de servicio. b) Potestad discrecional; VI. LA PRESENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO, CAPACIDAD Y PUBLICIDAD; VII. LA PLASMACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMISIÓN DE SERVICIOS: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA; VIII. CONCLUSIONES; IX. BIBLIOGRAFÍA.**

## RESUMEN

Se realiza una revisión de la comisión de servicios como sistema de provisión de puestos en el ámbito del personal estatutario de los servicios de salud, y de la necesaria presencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

## PALABRAS CLAVE

Comisión de servicios, potestad discrecional, igualdad, mérito, capacidad.

## ABSTRACT

There is realized a review of the commission of services as system of provision of positions in the area of the statutory personnel of the services of health, and the necessary one attends the principles of equality, merit and capacity.

## KEYWORDS

Commission of services, discretionary authority, equality, merit, capacity.

## I. INTRODUCCIÓN

La comisión de servicios es un mecanismo de atribución no definitiva de puestos de trabajo en el ámbito de la función pública amparado en la potestad de autoorganización de la que goza la Administración.

En el ámbito de la Administración Pública Sanitaria, esta figura ha sido ampliamente utilizada en detrimento de las vías ordinarias para la cobertura de puestos de trabajo, perfilándose como una modalidad de provisión temporal que a menudo encubre preferencias personales en un marco de absoluta discrecionalidad<sup>1</sup>. Debido a ello, se echa en falta mayor

<sup>1</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro. Revista aragonesa de Administración Pública [online] Monografía XIII 2011, p 22. Disponible en la URL: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragon.es/AdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/>

rigor en determinados aspectos de su regulación tales como la delimitación de los supuestos que permitirían acudir a la misma y el establecimiento de garantías para el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad -a veces olvidados por la Administración-, de manera que quede acotado el campo del ejercicio de la discrecionalidad, estableciendo trabas a posibles decisiones arbitrarias o caprichosas de quienes quisieran utilizar la comisión de servicios como tapadera con la que enmascarar fines ajenos al interés público.

Por otra parte, la comisión de servicios se percibe por los profesionales como una vía más para poder ver cumplidas determinadas expectativas de desarrollo profesional, de mejora de condiciones laborales, o incluso, como respuesta a exigencias de conciliación de vida laboral y familiar, especialmente ante la falta de periodicidad de las convocatorias a través de las vías ordinarias de provisión definitiva de puestos.

Este trabajo se aproxima a la figura de la comisión de servicios en el ámbito del régimen del personal estatutario de los servicios de salud, haciendo hincapié en su naturaleza de acto discrecional para la provisión temporal de puestos, de la que deriva la obligación de justificar el porqué se acude a ella en detrimento de otros sistemas de provisión, así como la necesaria consideración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

## II. LA NATURALEZA DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS

Como se ha apuntado, la comisión de servicios es un mecanismo de provisión temporal de puestos de trabajo que se inserta dentro del ámbito de la potestad de autoorganización de la Administración. Sin embargo, su naturaleza ha sido tratada de diferente forma por los tribunales.

En ocasiones se ha señalado que, en sentido estricto, no nos hallamos ante un sistema de provisión de puestos de trabajo, sino más bien ante un simple *procedimiento para el desempeño del puesto* en caso de urgente necesidad, tal y como defiende el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia de 21 de febrero de 2012<sup>2</sup>, en cuyo fundamento jurídico

cuarto sostiene que *“la comisión de servicios se configura como una manifestación más de la potestad discrecional de la Administración Pública, al poder proveerla bien directamente, bien practicando un llamamiento a los funcionarios que estime oportunos, como dice la sentencia del TSJ de Madrid de 7 de junio de 2004, y por ello configurada como un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, o como dice la sentencia del TSJ de Castilla y León en Burgos, 368/2004 de 8 de septiembre, un procedimiento para el desempeño, que no cobertura, del puesto, que no impide que el puesto así cubierto se incluya entre los vacantes que se ofrezcan para su provisión con carácter definitivo por el sistema que proceda utilizar para conseguir este objetivo, sistema que garantizará el derecho de igualdad”*. Seguidamente, afirma que *“en puridad, la comisión de servicios no es un sistema de provisión de puestos de trabajo sino de simple cobertura en caso de urgente necesidad”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en sentencia de 27 de enero de 2014<sup>3</sup>, declara que *“la comisión de servicios no es un modo de provisión temporal de puestos funcionariales vacantes ya que los sistemas ordinarios son los de oposición, concurso-oposición y concurso (artículo 61.4 y 5 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) sino que se trata de una forma extraordinaria y temporal de cubrir esas vacantes”*.

Esta tendencia jurisprudencial traza una línea divisoria entre los sistemas de provisión de puestos de trabajo ordinarios con otros mecanismos de asignación provisionales entre los que figuraría la comisión de servicios; los primeros destinados a la cobertura de plazas y los segundos dirigidos a dar respuesta a situaciones excepcionales en la que primaria garantizar el desempeño del puesto en tanto la plaza permanece vacante. Más significativo resulta que esa excepcionalidad sirva de pretexto para que la Administración pueda ocupar esos puestos practicando el llamamiento a los funcionarios que estime oportunos o, como se dice en la sentencia de 10 de enero de 2005 del TSJ de Castilla-La Mancha<sup>4</sup>, sin que fuera precisa la motivación en cuanto a la persona seleccionada puesto que *“ello es algo propio de esta clase de nombramientos, no sujetos a un proceso de depuración del mérito y la capacidad”*.

Monograf%C3%ADas/Monografico\_XIII/04\_Sanchez.pdf [Con acceso 25.2.2016]

<sup>2</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 172/2012. ROJ STSJ CV 218/2012.

<sup>3</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 11/2014. JUR\2014\49898.

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 10003/2005. JUR 2005\50224.

Sin embargo, cabe rebatir esta interpretación pues, en definitiva, y aun siendo de forma temporal, la realidad es que mediante la comisión de servicios se lleva a efecto la designación o adscripción de una persona a un puesto, lo que hace que sea razonable plantear la presencia de los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103.3 de la Constitución Española, más aún, cuando la duración en el tiempo de aquélla se prevé duradero. A esta cuestión se destina más adelante un apartado en este trabajo.

Esta naturaleza de sistema de provisión también se infiere de la lectura de la actual normativa específica que afecta al personal estatutario - artículo 39 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud<sup>5</sup>- que admite la figura de la comisión de servicios como sistema de provisión temporal, tanto cuando la plaza se encuentre vacante hasta su cobertura mediante un procedimiento para su provisión definitiva, como cuando un puesto de trabajo esté temporalmente desatendido, de modo que tiene cabida en situaciones tales como excedencias con reserva de puesto, incapacidad temporal, u otras en las que la duración de la ausencia y las necesidades del servicio lo aconsejen. Por su parte, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>6</sup> también habla de “*provisión temporal*” de puestos en su artículo 81.3 (“*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*”).

A pesar de la argumentación plasmada en las sentencias citadas anteriormente, no resulta admisible que la causa que justifica el empleo de la comisión de servicios sirva de excusa para que la designación de la persona se haga bajo el juicio único de la Administración, con merma de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de obligada presencia tal y como se prescribe en el artículo 29.1 a) de la Ley 55/2003 (“*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: igualdad, mérito y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud*”) y en el artículo 78.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (“*las Administraciones Públicas proveerán los*

*puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*”).

En defensa de estos planteamientos también encontramos pronunciamientos judiciales que se decantan por considerar a la comisión de servicios como un sistema de provisión de puestos sujeto a los principios de mérito y capacidad. Así, en sentencia de 13 de febrero de 2002, la Audiencia Nacional<sup>7</sup> decía que “*las comisiones de servicio deben responder a los principios de igualdad, mérito y capacidad pues, el carácter excepcional y temporal de esta forma de provisión no le priva de su condición de tal, para lo que cuenta con la correspondiente regulación, sometida con carácter general a los mencionados principios, aunque presente peculiaridades, pues en uno u otro caso resultaría ilegal y por tanto, inaplicable, ya que la asignación no puede realizarse arbitrariamente, sino que debe recaer en quien reúna los requisitos establecidos al efecto*”.

En el sentido de lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 17 de junio de 2011<sup>8</sup>, frente a la defensa de la Administración en la que se aboga por considerar a la comisión de servicios como un mecanismo para la *simple cobertura en caso de necesidad* (lo que además justificaría poder acudir al funcionario que en opinión del gestor o directivo reuniera la idoneidad para atender las tareas propias del puesto que se ha de cubrir con urgencia), resuelve la cuestión otorgándole condición de mecanismo de provisión de puestos. Señala en el Fundamento Jurídico Tercero que “*dentro de lo que el Tribunal Constitucional denomina relación funcional no cabe duda que entran también los aspectos concernientes a la provisión de puestos de trabajo por comisión de servicios, que se encuentran regulados en el mismo título II del RD 365/95, relativo a la provisión de puestos de trabajo. No en vano, el Estatuto Básico del Empleado Público ya lo menciona expresamente, al disponer con carácter general en su artículo 78.1 que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que, en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos podrán proveerse con carácter provisional (...)*. El mismo Tribunal,

5 B.O.E. número 301, de 17 de diciembre de 2003.

6 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. B.O.E. Número 261, de 31 de octubre de 2015.

7 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. recurso de apelación número 240/2001. JUR\2002\144136.

8 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 283/2011. RJCA\2011\587.

en sentencia de 22 de febrero de 2011<sup>9</sup>, otorga el carácter de forma extraordinaria de provisión a la comisión de servicios recogida en el artículo 39 de la Ley 55/2003, señalando que la misma no puede ser considerada como una forma ordinaria y alternativa de provisión de puestos de trabajo.

Siguiendo esta línea argumental cabe citar otros ejemplos, como la sentencia de 26 de mayo de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>10</sup> la cual señala que *“los contornos que configuran las comisiones de servicio desde sus presupuestos habilitantes, o como procedimiento de provisión de puestos (...) la conceptúan como una situación sometida a ciertas restricciones que justifica la necesidad de la motivación cuando se recurre a ella”*; la sentencia de 24 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>11</sup>, en cuyo fundamento jurídico tercero califica a la comisión de servicios como forma extraordinaria de provisión; o la sentencia de 29 de julio de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares<sup>12</sup> que - con mayor acierto que en la anteriormente citada sentencia de 27 de enero del mismo año - tras recordar que el Real Decreto 364/1995, y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público establecen los sistemas normales de provisión, indica a su vez que *“es verdad que el Real Decreto 364/1995 también contempla la posibilidad de que los puestos de trabajo puedan ser cubiertos mediante comisión de servicios y adscripción provisional, de forma temporal, en los supuestos previstos en su artículo 36 y 64 (...) Contemplada en la Ley 7/2007 la misma regla general de provisión, igualmente se contemplan procedimientos excepcionales de provisión a los que se les exige siempre motivación...”*

### III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Antes de adentrarnos más en la actual regulación de la provisión de puestos a través de la comisión de servicios en el ámbito del personal estatutario de

los servicios de salud, es conveniente llevar a cabo una sucinta aproximación a su aplicación en la época constitucional, que comienza con la atribución al Estado de la competencia en exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios -por medio del mandato contenido en el artículo 149.1.18 de la CE- y continúa años después con la aprobación y publicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, con la que se pretende abordar una renovación, siquiera parcial, del régimen funcional teniendo en cuenta la obsolescencia de las normas preconstitucionales de la función pública y la distribución territorial y competencial derivada del Estado de las Autonomías.

La redacción de la Ley 30/84 en lo concerniente a su ámbito de aplicación incluye, junto al personal civil del Estado, al personal de la Administración Militar y sus respectivos organismos autónomos, *«al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social»* (art. 1.1.c.), lo que en un primer momento permite pensar en su aplicación también para el personal estatutario adscrito al INSALUD<sup>13</sup>. Sin embargo, tal posibilidad desaparece cuando la misma ley, en su artículo 1.2<sup>14</sup> y en su disposición transitoria cuarta<sup>15</sup>, deja fuera al personal estatutario, que seguiría rigiéndose por su legislación específica. Aun así, la ley deja una puerta abierta para la gestión del personal estatutario cuando, en su artículo 1.5, establece su carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidas en su ámbito de aplicación, de manera que el personal estatutario, sometido aún a normativa preconstitucional, en virtud de la supletoriedad establecida, participa de la reforma emprendida al resultarle de aplicación diversos reales decretos dictados en desarrollo y ejecución de la Ley 30/1984.

13 Entidad gestora dependiente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social tras la reforma efectuada sobre la gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo por el Real Decreto Legislativo 36/1978 de 16 de noviembre.

14 *En aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero.*

15 *El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, así como el de los Cuerpos y Escalas Sanitarios y de Asesores Médicos a que se refiere la disposición adicional decimosexta se regirán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º 2, de esta Ley, por la legislación que al respecto se dicte.*

9 Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 453/2011. JUR\2011\170287.

10 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia número 269/2009. ROJ STSJ CLM 2132/2009.

11 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sentencia número 619/2006. JUR\2007\80144.

12 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia número 417/2014. JUR\2014\229122.

En el contexto descrito, se promulga el Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de puestos de trabajo y de Promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado, que en su artículo 6 otorga a la comisión de servicios<sup>16</sup> el carácter de *procedimiento de carácter excepcional*, alternativo al procedimiento normal de provisión de vacantes -concurso con convocatoria pública- y sujeta su aplicación a la concurrencia de *urgente e inaplazable necesidad*, durante el plazo máximo de seis meses, prorrogables hasta dieciocho meses, debiendo el puesto ocupado ser incluido necesariamente en la siguiente convocatoria de provisión normal. Si bien el precepto no hace distinción expresa entre el carácter voluntario o forzoso de la comisión de servicios, lo hará posteriormente el Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, que reserva el carácter forzoso a la comisión de servicios regulada en el artículo 61<sup>17</sup> de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, y en el artículo 6 del precitado Real Decreto 2617/1985, estableciendo su carácter voluntario en supuestos concretos de concesión<sup>18</sup>. En todo caso, los parámetros bajo los que

se regula la comisión de servicios son los mismos para el personal funcionario y para el personal de las instituciones sanitarias, y nada se dice respecto a una distinta regulación en función del régimen jurídico del personal, algo a nuestro entender razonable pues, por su propia naturaleza, la regulación de la comisión de servicios debería aplicarse de manera homogénea al conjunto de la función pública.

Esta situación persiste en el tiempo pese a la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo artículo 84.1 vuelve a hacer referencia a la regulación especial y diferenciada del personal de las instituciones sanitarias al señalar que el personal de la Seguridad Social, regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirán por lo establecido en el Estatuto Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, y todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 87 de esta Ley<sup>19</sup>.

Con fecha 28 de Marzo de 1988 el Director General de Recursos Humanos, Suministros e Instalaciones, en virtud de la Orden de 23 de Octubre de

16 1. Cuando un puesto de trabajo quede vacante, la autoridad competente podrá, en caso de urgente e inaplazable necesidad, proceder a cubrirlo en comisión de servicio, durante un plazo máximo de seis meses, con otro funcionario capacitado para su desempeño en razón a su grado personal. (...). 2. El puesto de trabajo cubierto temporalmente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, será incluido necesariamente en la siguiente convocatoria de provisión normal. Si el puesto continúa vacante, podrá prorrogarse la comisión de servicio hasta un máximo de dieciocho meses, salvo que se hubiese cubierto provisionalmente con otro funcionario mediante comisión de servicio.

17 Cuando, celebrado concurso para la provisión de una vacante, ésta se declare desierta y sea urgente para el Servicio su provisión, a juicio del Subsecretario del Departamento correspondiente, podrá destinarse con carácter forzoso, en comisión de servicio, al funcionario que, sirviendo en el mismo Ministerio de que la plaza dependa y reuniendo las condiciones necesarias para ocuparla, tenga menor antigüedad de servicios en el Departamento o menores cargas familiares.

18 El artículo 4 del Real Decreto 2617/1985 señala: 1 En casos excepcionales y con reserva del puesto de trabajo podrán los funcionarios desempeñar puestos o funciones especiales distintas de las específicas del puesto de trabajo a que se hallen adscritos, cuando al efecto les haya sido conferida una comisión de servicios de carácter temporal. 2. La comisión de servicios podrá acordarse en los siguientes casos:

a) para el desempeño temporal de un puesto de los incluidos en las relaciones de puestos de trabajo adscritos a los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley 30/1984, de 2 de agosto. b) para la realización de tareas especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo. c) para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal o por otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con

suficiencia por los funcionarios que desempeñan con carácter permanente los puestos de trabajo a los que se asignen dichas tareas. d) para participar por tiempo que salvo casos excepcionales no tendrá duración superior a seis meses en misiones de cooperación internacional al servicio de organismos internacionales, entidades o gobiernos extranjeros, e) para cooperar o prestar asistencia técnica durante un máximo de dos años, a la administración de las comunidades autónomas, previa petición de las mismas.

3. Los funcionarios en comisión de servicios percibirán la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos incluidos en los programas en que figuran dotados los puestos de trabajo que realmente desempeñen excepto los comprendidos en los supuestos b) y c) que continuaran percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, todo ello sin perjuicio de la percepción de las dietas e indemnizaciones a que tengan derecho, en su caso, de acuerdo con lo previsto en el real decreto 1344/1984, de 4 de julio, de indemnizaciones por razón del servicio.

Artículo 5. La comisión de servicios será desempeñada voluntariamente excepto en el caso regulado por el artículo 61 de la ley articulada de funcionarios civiles del estado, de 7 de febrero de 1964, y por el artículo 6. del Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado.

19 El apartado 1 del artículo 84 fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

1986, por la que se delegan atribuciones en distintas autoridades y funcionarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, sus Organismos Autónomos e Instituto Nacional de la Salud, dicta instrucciones a fin de poner orden en cuanto a la adscripciones temporales, a las que califica de “*excesivamente numerosas y no siempre motivadas por necesidades del servicio*”, regulando los requisitos y el procedimiento de tramitación de las adscripciones temporales voluntarias y la competencia para su concesión, constituyéndose dichas instrucciones como referencia específica por la que se regirá el personal estatutario.

Las instrucciones, al igual que la normativa funcional, mantienen el carácter excepcional que caracteriza a la comisión de servicios, atendiendo para su concesión a la existencia de “*ineludibles necesidades asistenciales*” que deben ser precisadas en un *detallado informe* confeccionado al efecto, y que deberá ponerse en relación con la situación de la plantilla de la institución por lo que respecta a la categoría para el personal para el que se formula la propuesta de adscripción. De esta forma, ante lo que parecía un desordenado panorama en el tratamiento de esta figura, y persiguiendo la necesaria objetividad y ejemplaridad que se espera de lo público, se impone a la Administración sanitaria la obligación de motivar su decisión, dejando constancia de las razones de hecho y de derecho en las que el acto administrativo descansa. Por tanto, se exige la determinación de los motivos por los que no se puede eludir la cobertura del puesto, poniendo de manifiesto qué situaciones o circunstancias asistenciales se dan y cuya atención no pueda quedar apartada o aplazada. Razones de marcado carácter perentorio por cuanto que la instrucción mantiene un límite temporal a su duración (seis meses con posibilidad de renovación), y la obligación de convocar la plaza ocupada en la primera convocatoria que se produzca.

Años después, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, en su ámbito de aplicación establece que el personal docente, investigador, sanitario y de los servicios postales y de telecomunicación se ha de regir por este Reglamento en lo no previsto por la normas específicas que les sean de aplicación<sup>20</sup>. Destina su artículo 64 a la regulación de las comisiones

de servicios, diferenciando entre las de carácter voluntario en aquellos casos en que “*un puesto de trabajo quede vacante*”, concurriendo una situación de “*urgente e inaplazable necesidad*”; y las de carácter forzoso cuando una plaza vacante queda desierta tras un procedimiento de concurso para su provisión definitiva, debiendo además ser “*urgente para el servicio su provisión*”. Se mantiene, por tanto, el carácter extraordinario frente a procedimientos ordinarios, derivado de la concurrencia de factores que permitan calificar de urgente y necesaria su cobertura. Tanto la comisión de servicios voluntaria como la forzosa tienen establecida una duración máxima de un año, prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo (apartado 3), limitación consustancial a su naturaleza jurídica y su carácter provisional.

Tales exigencias se relajan en las Instrucciones del INSALUD de 21 de marzo de 2000, dictadas para paliar una situación derivada de la impugnación judicial de concurso oposición de facultativos especialistas de área, ofreciendo mediante la comisión de servicios una alternativa a los profesionales cuyas expectativas de movilidad voluntaria quedan demoradas en tanto es resuelta la controversia planteada ante los órganos judiciales. Se soslayan así las normas de rango reglamentario, pues desaparecen los requisitos de necesidad y urgencia para la cobertura de los puestos mediante esta figura.

No será ésta la única ocasión en la que la Administración acuda a la vía de las comisiones de servicio para dotar puestos de trabajo habida cuenta de la falta de periodicidad en las convocatorias de procedimientos para su cobertura definitiva, de manera que aquélla se convierte en un procedimiento paralelo a los ordinarios, y la limitada duración propia de su naturaleza, se desvirtúa cuando los puestos provistos mediante la misma, se mantienen en el tiempo; terreno abonado para decisiones fundadas en motivos clientelistas, en favoritismos, o simplemente adoptadas al margen de cauces en los que pueda apreciarse la presencia de principios como los de igualdad, mérito y capacidad.

#### **IV. LA COMISIÓN DE SERVICIOS EN LA LEY 55/2003, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

La entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario

20 Artículo 1.2 a).

de los Servicios de Salud (en adelante EM), vino a establecer la tan esperada regulación específica del personal estatutario. No obstante, la falta de concreción de algunas de las materias, entre ellas la comisión de servicios que recoge en su artículo 39, obliga a acudir a la supletoriedad prevista en su artículo 2<sup>21</sup>.

En efecto, esta falta de concreción y la ausencia de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de normativa funcionarial o estatutaria, mantuvo la aplicación del Real Decreto 364/1995. Sirve de ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2009, en la que se señala lo siguiente: “*es cierto el alegato de la Junta de Comunidades de que la normativa del RD 364/1995 no es básica sino que se aplica supletoriamente en defecto de la regulación autonómica, según el artículo 1.3 de la mencionada disposición, lo cual faculta a las Comunidades Autónomas para efectuar su propia regulación de las comisiones de servicio, pero ello no quiere decir que se deba prescindir de ella cuando la regulación autonómica no se aparta significativamente de la normativa estatal sino que acepta la figura de las comisiones de servicio acuñada a través de textos de acendrada raigambre, como sistema de provisión de carácter excepcional, regulando aspectos fragmentarios de las mismas, como en este caso su duración, pero sin cuestionar los rasgos esenciales de la institución en los que se asiente como son: -Que un puesto de trabajo quede vacante; que exista una patente necesidad para su provisión; que se trate de una necesidad transitoria y no indefinida en el tiempo a la espera de su cobertura por los procedimientos normales de provisión,...*”.

Actualmente la comisión de servicios en el conjunto de servicios del Sistema Nacional de Salud ha sido regulada de manera dispar. En unos casos a través de la regulación autonómica específica del personal estatutario<sup>22</sup>, en otros mediante la aplicación supletoria de la normativa de función pública autonómica<sup>23</sup>, o manteniendo la referencia básica del Estatuto Marco y, ante la falta su tratamiento en la

normativa autonómica funcionarial, acudiendo a la supletoriedad del RD 364/1995, o dictando acuerdos específicos<sup>24</sup>.

El artículo 39 del EM establece:

*1.- Por necesidades del servicio, y cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentre vacante o temporalmente desatendido, podrá ser cubierto en comisión de servicios, con carácter temporal, por personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad.*

*En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.*

*2. El personal estatutario podrá ser destinado en comisión de servicios, con carácter temporal, al desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo.*

*En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones de su plaza o puesto de origen.*

*3.- Quien se encuentre en comisión de servicios tendrá derecho a la reserva de su plaza o puesto de trabajo de origen.*

Este artículo se encuentra incluido en el capítulo VII de la Ley, relativo a la movilidad de personal, junto a la movilidad forzosa que excede el ámbito del nombramiento por razones de servicio del artículo 36<sup>25</sup> y la movilidad voluntaria del artículo 37,<sup>26</sup>

24 Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, acuerdo de 9 de mayo de 2011, por el que se aprueban los criterios para la provisión de puestos mediante la comisión de servicios, promoción interna temporal y adecuación/movilidad de puestos (BOPV 06/06/2011); Resolución 9/2002, de 5 de marzo, de la Dirección General de Personal y Servicios, de Instrucciones de comisión de servicios en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud.

25 Artículo 36. *Movilidad por razón del servicio. El personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes.*

26 Artículo 37. *Movilidad voluntaria. 1. Con el fin de garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad y Consumo, con el informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, procederá, con carácter previo, a la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario, en cuanto resulte necesario para articular dicha movilidad*

21 2. *En lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente.*

22 Como, por ejemplo, la Ley de Cantabria 9/2010, de 23 de diciembre, del personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria (artículo 43), la Ley 2/2007, de 7 de marzo del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (artículo 46).

23 Caso como el de Castilla-La Mancha, Ley 4/2011 de Empleo Público de Castilla-La Mancha (artículo 74)

amparada ésta en el principio de libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. La comisión de servicios, en cualquiera de los dos supuestos recogidos en el artículo, implica fundamentalmente la movilidad funcional del personal estatutario<sup>27</sup> ya que, bajo esta figura, el profesional pasa a realizar las tareas o funciones de otra plaza o puesto, o asume la realización de *funciones especiales*.

Se trata de una figura optativa, como se desprende de los términos “*podrá ser cubierto*” o “*podrá ser destinado*”, a la que la Administración tiene la posibilidad de acudir cuando se den las condiciones previstas por la norma.

Nada se dice respecto a su carácter voluntario o forzoso, ambos posibles, pues es una manifestación de la potestad de autoorganización. Por tanto, en un principio es posible considerar que el trabajador puede ser conminado a llevar a cabo la comisión de servicios<sup>28</sup>.

---

*entre los diferentes servicios de salud. 2. Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico, preferentemente cada dos años, en cada servicio de salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud, que participarán en tales procedimientos con las mismas condiciones y requisitos que el personal estatutario del servicio de salud que realice la convocatoria. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. 3. Cuando de un procedimiento de movilidad se derive cambio en el servicio de salud de destino, el plazo de toma de posesión será de un mes a contar desde el día del cese en el destino anterior, que deberá tener lugar en los tres días siguientes a la notificación o publicación del nuevo destino adjudicado. 4. Los destinos obtenidos mediante sistemas de movilidad voluntaria son irrenunciables, salvo que dicha renuncia esté motivada por la obtención de plaza en virtud de la resolución de un procedimiento de movilidad voluntaria convocado por otra Administración pública. 5. Se entenderá que solicita la excedencia voluntaria por interés particular como personal estatutario, y será declarado en dicha situación por el servicio de salud en que prestaba servicios, quien no se incorpore al destino obtenido en un procedimiento de movilidad voluntaria dentro de los plazos establecidos o de las prórrogas de los mismos que legal o reglamentariamente procedan. No obstante, si existen causas suficientemente justificadas, así apreciadas, previa audiencia del interesado, por el servicio de salud que efectuó la convocatoria, podrá dejarse sin efecto dicha situación. En tal caso, el interesado deberá incorporarse a su nuevo destino tan pronto desaparezcan las causas que en su momento lo impidieron.*

27 AGUILERA IZQUIERDO, R y CRISTÓBAL RONCERO, R. En PALOMAR OLMEDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 338.

28 El carácter obligatorio, como se ha señalado en páginas anteriores, ya se venía recogiendo en la normativa anterior al EM, entre ellas el RD 364/1995, si bien concretando los

Tampoco se dice nada en cuanto al ámbito en el que puede llevarse a efecto: dentro del mismo o en diferente servicio de salud, de manera que esta última posibilidad se admite, y de hecho se aplica entre los diferentes servicios de salud, con especial incidencia en categorías de personal facultativo. Ahora bien, el carácter forzoso de la comisión de servicios más allá del ámbito del nombramiento aparece como una alternativa que en la práctica se presenta compleja, no sólo por la repercusión en las condiciones de trabajo de la persona afectada, sino por la estrecha línea que la separaría de otros supuestos ya previstos en la norma.

En efecto, ya el artículo 32 del EM establece en su apartado tres que “*en el nombramiento se indicará expresamente el ámbito al que corresponde, conforme a lo previsto en la convocatoria y en las disposiciones aplicables en cada servicio de salud*”, de suerte que la designación forzosa de personal para desempeñar diferente puesto más allá del ámbito del nombramiento a través de la comisión de servicios, basándose únicamente en el tenor literal del artículo 39, puede entrar en colisión con lo dispuesto en el artículo 36 sobre la movilidad por razón del servicio, ya sea definitiva o temporal, pues nada se dice al respecto en este último precepto, que sí establece que las adscripciones fuera del ámbito de nombramiento se harán conforme a las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociados en las mesas correspondientes<sup>29</sup>.

Por su parte, el punto 2 del artículo 81 del TRLE-BEP sigue esta línea más garantista cuando señala que “*las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos*”.

---

supuestos que admiten ese carácter obligatorio y estableciendo concretas limitaciones temporales.

29 En sentencia de 09/02/2010 el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR 2011\58576), señala que cualquier modificación del lugar de trabajo que exceda del ámbito natural del nombramiento habrá que canalizarse a través de las previsiones recogidas en el artículo 36 EM



Así pues, la designación temporal forzosa tendría un más fácil encaje en los preceptos citados y dentro de las garantías previstas, toda vez que afecta a condiciones esenciales del personal estatutario que pudiera verse afectado por tal medida. Igualmente, y desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, la imposición en tales circunstancias puede constituir un elemento de conflicto laboral.

Atributo esencial de la comisión de servicios es su provisionalidad, quedando vetado que la asignación del profesional a un puesto adquiera un carácter permanente o indefinido en el tiempo, posibilidad ésta que habrá de seguir los cauces ordinarios previstos en el Estatuto Marco, fundamentalmente la movilidad voluntaria del artículo 37 o, en su caso, mediante la cobertura también definitiva a través de las convocatorias públicas para la dotación de las plazas vacantes que, con la debida periodicidad, habría de llevar a cabo la Administración Sanitaria.

Una vez apuntados algunos de los elementos comunes de la comisión de servicios del artículo 39, es conveniente analizar de forma separada los dos supuestos previstos: por un lado, la cobertura de plazas o puestos temporalmente desatendidos del primer apartado, y por otro, el desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo del segundo apartado.

**a) El apartado 1 del artículo 39: cobertura de necesidades del servicio cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentren vacante o temporalmente desatendido.**

Se configura con la concurrencia de una serie de factores:

- El hecho determinante es la existencia de *necesidades del servicio*<sup>30</sup>, lo que implica una previa determinación de esta realidad por parte de la Administración para motivar su decisión. Esta materia será abordada con mayor detalle en siguientes apartados.
- Hace referencia tanto a la cobertura de una *plaza*, como a la de un *puesto de trabajo*. En el primer caso, se alude a la *plaza* en su condición de instrumento de ordenación de la organización del personal recogido en las plantillas orgánicas,

30 Mantiene una diferencia respecto al régimen funcional general, pues el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, exige que esa necesidad sea urgente e inaplazable (artículo 81.3)

que no determina las características esenciales del puesto ni los requisitos para su ocupación, siendo su finalidad predominantemente presupuestaria (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2001<sup>31</sup>), constituyendo la expresión cifrada de las plazas de carácter estructural de las que están dotados los centros. De ahí que, a nuestro entender, se haga referencia a que la misma deba de encontrarse *vacante*. La Administración puede optar por cubrirla de forma temporal acudiendo al nombramiento de interinidad del artículo 9.2<sup>32</sup>, o bien mediante la comisión de servicios, en tanto no se lleve a cabo su cobertura por los procedimientos establecidos para su ocupación por personal con nombramiento fijo.

Por otra parte, al hablar de *puesto de trabajo* se alude a la necesidad de atender al conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que configuran el puesto mientras su ocupante, por determinados motivos, se encuentra ausente de manera temporal, lo que da cabida a la comisión de servicios en supuestos de ausencias con derecho a reserva de puesto como excedencias por cuidado de hijo o familiar, liberaciones sindicales, incapacidades temporales que, normalmente, se prevean largas, etc.

- Se requiere que la persona comisionada sea personal estatutario, lo que dejaría fuera a personas con diferente régimen jurídico.

Pero ¿cabe plantearse que el personal estatutario sea destinado a plazas que no tengan tal carácter? Actualmente todavía coexisten diferentes regímenes jurídicos del personal que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud. En el ámbito asistencial de atención primaria perviven plazas del denominado personal Técnico Sanitario Local<sup>33</sup> al cual se incluye dentro del conjunto de profesionales sanitarios de los Equipos de Atención Primaria (Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, de Estructuras Básicas de Salud, artículo 3.3.b), si bien tal integración no se produce de forma obligatoria, sino a través de ofertas para la integración de

31 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. Recurso casación núm. 7185/1997. JUR 2001\9752

32 *El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.*

33 Cuerpo de Funcionarios Técnicos de la Administración Central al servicio de la Administración local, cuyo personal a partir del año 1982 es transferido a las Comunidades Autónomas.

carácter voluntario (Disposición Transitoria Cuarta), de suerte que, en caso contrario, el personal mantiene su estatus funcionarial.

Así las cosas, estas plazas de carácter funcionarial y no estatutario mantienen su régimen específico, en el que se enmarcan las normas relativas a sus concursos. Sin embargo, cuando estas plazas están temporalmente desatendidas, o cuando se encuentran vacantes, pendiente de la resolución del concurso para su cobertura definitiva, el servicio de salud correspondiente, al cual corresponde la gestión de las necesidades asistenciales y organizativas, acude al personal estatutario con nombramiento temporal. Esta misma realidad serviría para que mediante la comisión de servicios del personal estatutario se pudiera dar respuesta a estas necesidades temporales, siempre que se dieran las condiciones de ostentar plaza de la correspondiente categoría o especialidad.

- El personal estatutario que atienda la comisión de servicios habrá de ser *de la correspondiente categoría y especialidad*. En páginas anteriores se dijo que la comisión de servicios implica movilidad funcional - y, en su caso, geográfica -, para ocupar una plaza o puesto de trabajo, en ambos casos, conforme a una categoría o especialidad que habrá de reunir la persona comisionada.

Este requisito ha de ser puesto en relación con otros preceptos del Estatuto Marco como el artículo 14, cuyo apartado segundo señala que *“la integración del personal estatutario en las distintas instituciones o centros se realizará mediante su incorporación a una plaza, puesto trabajo o función. En el ámbito de cada servicio de salud, atendiendo a las características de su organización sanitaria y previa negociación en las mesas correspondientes, se establecerán los sistemas de agrupamiento de dichos puestos o plazas”*; así como los artículos 5, 6 y 7, en los que se clasifica al personal estatutario en virtud de la función desarrollada (atendiendo a si en el trabajo correspondiente se ejercitan los conocimientos propios de una profesión o especialidad sanitaria, o si se realizan funciones de gestión o de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario) y el nivel del título exigido para el ingreso<sup>34</sup>.

34 Artículo 5. *El personal estatutario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento.*

Artículo 6. 1. *Es personal estatutario sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido*

El Estatuto Marco opta por clasificar la función pública sanitaria en puestos de trabajo, que serán determinados en cada servicio de salud, pudiéndose establecer sistemas de agrupamiento de los mismos. Al definir el contenido de los puestos de trabajo en un conjunto de tareas o funciones, se conectan éstos con el personal que puede desempeñarlos, que estará clasificado en categorías o grupos profesionales entendidos éstos como el conjunto sistemático de funciones o tareas, así como las aptitudes necesarias para desarrollarlas<sup>35</sup>.

La posibilidad de cubrir las necesidades del servicio con personal de inferior categoría queda excluida, pues formaría parte de los sistemas de promoción interna temporal, diferente figura prevista en el artículo 35 del EM<sup>36</sup>.

---

*para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria.*

2. *Atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, el personal estatutario sanitario se clasifica de la siguiente forma:*

A) *Personal de formación universitaria: quienes ostentan la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión sanitaria que exija una concreta titulación de carácter universitario, o un título de tal carácter acompañado de un título de especialista. Este personal se divide en: Licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud, Licenciados sanitarios, Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud, Diplomados sanitarios.*

B) *Personal de formación profesional: quienes ostenten la condición de personal estatutario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de profesiones o actividades profesionales sanitarias, cuando se exija una concreta titulación de formación profesional. Este personal se divide en: Técnicos superiores o Técnicos.*

Artículo 7. 1. *Es personal estatutario de gestión y servicios quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.*

2. *La clasificación del personal estatutario de gestión y servicios se efectúa, en función del título exigido para el ingreso, de la siguiente forma:*

A) *Personal de formación universitaria. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: Licenciados universitarios o personal con título equivalente o Diplomados universitarios o personal con título equivalente.*

B) *Personal de formación profesional. Atendiendo al nivel del título requerido, este personal se divide en: Técnicos superiores o personal con título equivalente o Técnicos o personal con título equivalente.*

35 DE MIGUEL PAJUELO, F. En PALOMAR OLMEIDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 159.

36 Artículo 35.1. *Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán*

- El interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.

La redacción final “salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso percibirán éstas”, parece plasmar la posibilidad de que el personal estatutario pueda desempeñar en comisión de servicios un puesto de trabajo de la misma categoría con diferentes niveles retributivos asignados. A modo de ejemplo: al puesto de celador en quirófano le corresponde un complemento de destino de nivel 15 y al puesto de celador de planta le corresponde un nivel 14. Imaginemos el supuesto de una persona que en comisión de servicios deja su puesto de origen (quirófano), para desempeñar el puesto de celador de planta.

Igualmente, el tenor literal del artículo, permite pensar que en el caso descrito cabría la posibilidad de percibir el complemento de destino del puesto de origen pues el nuevo puesto desempeñado sería de la misma categoría, si bien de distinto nivel. Este planteamiento establecería una similitud con el personal funcionario que ostenta el derecho a consolidar grados por su permanencia durante cierto tiempo en un puesto, de manera que tiene derecho a percibir al menos el complemento de destino correspondiente a su grado personal, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñe.

No obstante, tal posibilidad resulta vetada al personal estatutario en el modelo retributivo establecido por el Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud<sup>37</sup>, ya que la posibilidad de consolidación de niveles o grado personal por el personal estatutario ha sido resuelta en sentido negativo por la jurisprudencia, al no venir así recogido en su normativa específica de aplicación y no ser posible acudir a la aplicación supletoria de la normativa de los funcionarios públicos, al no tratarse de una cuestión de vacío normativo susceptible de ser llenada con otras normas<sup>38</sup>.

---

objeto de negociación en las mesas correspondientes.

37 B.O.E. núm.219, de 12 de septiembre de 1987.

38 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1992. RJ 1996/1869.

Sobre esta materia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 29 de abril de 2005 señala que “*el Real Decreto-Ley 3/1987 antes citado puede dar lugar a una confusión interpretativa, ya que, tras señalar que las remuneraciones del Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (entre otros) se regularán por él, establece que el complemento de destino será, para dicho personal, «el correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe». Parece, en efecto, que se está mencionando el nivel en el sentido que pretende la demandante, pero no es así, puesto que se trata del nivel de complemento del puesto desempeñado, no de otro previo, sin equivalencia ni posibilidad de aplicación de un grado superior consolidado, que este Decreto Ley no menciona y que es ajeno al sistema remunerativo (único aplicable para este personal) establecido en el mismo*”<sup>39</sup>. Conforme a lo expuesto, siguiendo el ejemplo antes indicado, la persona percibiría las retribuciones conforme al nivel del puesto efectivamente desempeñado.

#### **b) El apartado 2 del artículo 39: desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo.**

El supuesto que contiene este apartado segundo -que participa en esencia de la regulación de la comisión de servicio que se contiene en el art. 66 del RD 364/1995, del Reglamento General de Ingreso, Provisión y Promoción de los Funcionarios Civiles al servicio del Estado<sup>40</sup>, y que, si bien con alguna diferencia, conserva su utilidad con fines interpretativos-, merece especial consideración, pues su aplicación plantea una serie de condicionamientos prácticos.

---

39 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. RJCA 2006\509. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996, RJ 1996\4473, o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), Sala de lo Social, de 4 de septiembre de 1998, AS 1998\6796.

40 Artículo 66. Atribución temporal de funciones. 1. En casos excepcionales, los Subsecretarios de los Departamentos ministeriales podrán atribuir a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas. 2. En tal supuesto continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso.

- La pregunta que aparece casi inmediatamente es la relativa a cuáles serían esas *funciones especiales no adscritos a los puestos existentes*. En principio, podría considerarse que gozan de esa calificación aquéllas que, por su singularidad o por sus características, se diferencian de las ordinarias o comunes asociadas a una plaza o puesto.

Ante la falta de concreción de las funciones o tareas de las distintas plazas en las plantillas orgánicas, la determinación del carácter especial corresponde a la Administración que se plantea acudir a esta vía, aún más excepcional que el supuesto del artículo 39.1, tal y como dice el TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 14 de diciembre de 1998<sup>41</sup> que, haciendo alusión al artículo 66 del RD 364/1995, señala que *“el carácter excepcional está, si cabe, todavía más acentuado, pues de excepcional ha de calificarse el que una Administración haya de enfrentarse a tareas que no se encuentren entre las propias de alguno de los puestos existentes”*.

Pensemos en un proyecto que implica nuevas funciones, distintas a las que de manera ordinaria o esporádica son asumidas por el personal de la institución pero que, no obstante, se precisan por la Administración, como sería el caso de un órgano que desea llevar a cabo un proyecto global de certificación de calidad y adscribe a un profesional en labores de coordinación de las actividades concernientes a su implementación, situación que tendría fin en el momento en que se contase con la correspondiente certificación y se hubieran implementado los procedimientos en los diferentes departamentos implicados.

Pudiera también darse el supuesto de un organismo que, ante la necesidad de dotarse de técnicos de prevención de riesgos laborales para cumplir con las previsiones que sobre esta materia le impone el ordenamiento jurídico, no estando prevista esta categoría en la plantilla orgánica, abre la posibilidad a que profesionales con la debida formación pasen a asumir estas funciones.

En todo caso, cuando estas situaciones tienen vocación de permanencia, como sería el caso citado en el párrafo anterior, obliga a que la Administración adopte las medidas oportunas para dar solución a esta problemática, evitando que la temporalidad se convierta en indefinida, pues si

no fuera así, la situación podría entrar en la previsión del artículo 6.4 del Código Civil<sup>42</sup>, *“pues se utiliza una figura prevista en el ordenamiento jurídico para conseguir el destino permanente de un funcionario a un puesto inexistente y sin seguir los sistemas ordinarios de provisión de puestos, evitando, además, la creación de una plaza que resulta necesaria* (sentencia TSJ Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 1998<sup>43</sup>).

Una vez establecida la especialidad de las funciones, es necesario que se acompañe de su calificación como “temporales”. No fija el precepto el límite mínimo o máximo que se pueda estar desempeñando estas funciones, pero entendemos que la justificación de esta situación especial por parte de la Administración debería acompañarse de un aproximación o estimación de su extensión en el tiempo.

En sentido contrario, obviamente no cabe incluir dentro del supuesto del artículo 39.2 aquellas situaciones en las que funciones o tareas propias de los puestos existentes que, ante una mayor actividad o volumen de trabajo de carácter coyuntural, no pueden ser asumidas por los efectivos existentes, motivo que sí está recogido en el artículo 66 del RD 364/1995, pero que el EM excluye en el artículo 39.2 y que trata de forma expresa en su artículo 9 como causa que ampara la formalización de nombramientos temporales de carácter eventual.

- A diferencia del apartado 1, en este supuesto el precepto guarda silencio sobre la exigencia de que el personal estatutario pertenezca a la misma categoría o especialidad. Esta falta de previsión permite colegir que, teniendo el nivel de titulación precisada para el desempeño de esas funciones, podría ser de cualquier categoría profesional, aunque su plaza de origen fuera de inferior categoría.

En principio, esta posibilidad se aceptaría, pues esta figura consiste en la asignación temporal de funciones especiales que no conlleva la atribución formal del desempeño de un puesto de

<sup>42</sup> Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

<sup>43</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. ROJ STSJ CLM 2467/1998.

<sup>41</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. ROJ STSJ CLM 2467/1998.

trabajo dada la inexistencia de vacante, por lo que el personal percibe sus retribuciones por el puesto de origen y los servicios deben ser considerados prestados en éste, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tenga derecho<sup>44</sup> (sentencia de 28 de enero de 2011, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

Sin embargo, la concreción de esta posibilidad a efectos prácticos puede generar desigualdades.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de diciembre de 2001, ante un supuesto de atribución de funciones dictado al amparo del artículo 66.1 del RD 364/1995, señala que la misma habrá de ser atendida por personal de la misma categoría que el puesto requerido: *“Es a partir de la interpretación anterior como cobra sentido y se explica la prescripción del apartado 2 de ese mismo art 66 de que se viene hablando, consistente en que, en ese supuesto de comisión de servicios, los funcionarios «continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso»; ya que, de entenderse lo contrario, se produciría un resultado de difícil justificación desde el prisma del principio constitucional de igualdad y también desde elementales parámetros de racionalidad.*

*Lo primero porque quedarían amparadas situaciones de diferencias retributivas a pesar de que el desempeño funcional tuviera como objeto la misma actividad. Y lo segundo porque tiene difícil explicación que, por un lado, se reconozca capacidad o aptitud para un determinado puesto, y, por otro se nieguen los derechos económicos correspondientes a ese mismo puesto.”*

De igual modo, en apoyo de este argumento, cabe citar el art. 73 TREBEP, *“Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones”*

Todo lo expuesto permite concluir que la Administración habrá de llevar a cabo la precisión de las funciones especiales, analizando qué tareas conllevan para, mediante una descripción de las mismas, valorar los requisitos y méritos requeridos para su desempeño. Resulta difícil pensar que la organización que pueda adoptar la decisión de atender funciones calificadas de especiales no lo haga previa formulación de su contenido y especificación de los requerimientos de titulación o aptitudes para su desempeño. En nuestra opinión, esta especificación formaría parte del contenido de la necesaria motivación de la decisión que afectaría no sólo a la existencia de la necesidad asistencial u organizativa de carácter especial, sino a los requisitos para su desempeño.

- Tampoco cabe acudir a esta vía (ni a la prevista en el artículo 39.1) para cubrir nombramientos de directivos o de confianza, pues para ello se prevé el sistema de provisión mediante libre designación, así como la declaración del profesional en la situación administrativa que pudiera corresponderle en virtud de la entidad en la que fuera a desempeñar ese puesto de confianza. Sin embargo, a pesar de lo dicho, ya se decía en páginas anteriores que la comisión de servicios puede ser utilizada para dar respuesta a fines clientelistas. Tal sería el caso del profesional estatutario que, ante el desempeño de un puesto de libre designación que no conllevara la reserva de puesto, quisiera tener esta garantía y la misma le quisiera ser otorgada por quien decidiera sobre la comisión por motivos ajenos al interés público. En tal caso, el privilegio otorgado a quien se beneficia de la comisión de servicios no sólo no tendría amparo legal conforme al tenor literal del artículo 39 y su finalidad, sino que afectaría a terceras personas interesadas en optar a la plaza que, sin dicha reserva, pudiera quedar vacante.

Sobre una situación similar a la descrita, si bien en el ámbito de la Administración Local, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2000<sup>45</sup>. En este caso, un puesto de trabajo que es calificado de eventual por ser de especial confianza, previsto en la normativa propia de la referida Administración, es provisto mediante atribución de funciones del artículo 66 del RD 364/1995. El Tribunal señala que *“la comisión de*

<sup>44</sup> Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia número 16/2001. ROJ STSJ CL 112/2011.

<sup>45</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia 7/2000. ROJ STSJ CLM 535/2000.

*servicios para funcionarios es figura que juega entre dos puestos propios de cobertura por funcionarios. Si el puesto es de cobertura libre, como es el caso de los eventuales, el funcionario que en su caso accede al mismo no lo hace en su condición de funcionario, sino simplemente como persona (sea funcionario o no) seleccionada para el mismo, libremente, por la autoridad que realiza el nombramiento de confianza. Por ello el puesto de origen del funcionario designado (caso de que en efecto sea funcionario) queda sujeto a un régimen peculiar, que desde luego no implica reserva del mismo puesto de trabajo que se ocupara”.*

## V. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: LA MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS

La posibilidad de acudir a la comisión de servicios no constituye un poder omnímodo concedido a la Administración para que el responsable de la institución o del órgano administrativo, imponga su decisión al margen de la debida justificación amparada en la consecución del servicio público encomendado. Precisamente cabe afirmar lo contrario, de manera que la actuación administrativa que se decanta por esta figura excepcional de provisión de puestos, prescindiendo de los procedimientos ordinarios, no hace sino intensificar el deber de la Administración de dar razones de su decisión y de justificar que la misma responde al interés general que ha de perseguir, tal y como prescribe el artículo 103 de nuestra Constitución, al señalar que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales.

Ya se ha apuntado la utilización por parte de la Administración del socorrido argumento de la primacía de la mayor eficacia en la gestión de la actividad pública para proveer con inmediatez los puestos de trabajo o plazas vacantes sin que se pueda esperar a la cobertura por los sistemas ordinarios previstos, pero el principio de eficacia, también contenido en el artículo 103, no puede menoscabar la consecución del interés general, fundamento y razón de ser de la actuación administrativa, que habrá de ser considerado a la hora de formular el juicio y la voluntad de la Administración junto con el resto de principios constitucionales como los de objetividad, igualdad, mérito, capacidad y sometimiento al conjunto del ordenamiento jurídico.

Para valorar el correcto actuar de la Administración en el ejercicio de la potestad organizativa,

es preciso que aquélla lleve a cabo una descripción suficientemente explícita en el procedimiento administrativo de las razones que le han conducido a la elección de la comisión de servicios para la provisión del puesto de trabajo, pues sólo así podrá cualquier interesado conocer los motivos y ejercer, en su caso, la posible defensa de sus derechos. Esta exigencia es esencial porque todo actuar administrativo ha de ser razonado, estando mínimamente motivado. Como afirma Rodríguez-Arana, no está de más que se incorpore en todos los actos administrativos alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos de los que trae causa la decisión administrativa, manifestación de la exigencia de la objetividad que se impone a la Administración<sup>46</sup>.

Aun así, es práctica extendida el uso de expresiones genéricas para cumplir con el *engorroso formalismo* que supone la motivación del concreto acto, lo que no es más que una farsa que elude el deber de motivación que prescribe el ordenamiento jurídico en casos como el ejercicio de la potestad discrecional<sup>47</sup>, alejada de lo que es exigible a una Administración transparente, que además arroja dudas sobre la corrección y ética de la actuación de la persona que adopta la decisión.

### a) Justificación de necesidades de servicio

En el ordenamiento jurídico administrativo abundan las proposiciones normativas en las que los supuestos de hecho o realidad a la que hace referencia aparecen formulados con elementos imprecisos. Expresiones como *interés público* – y sus múltiples variantes –, *urgencia*, *idoneidad*, *competencia profesional*, *necesidades del servicio*,... son moneda corriente<sup>48</sup>. Este es el caso del artículo 39 de la Ley 55/2003, que comienza exigiendo la concurrencia de *necesidades del servicio*, concepto jurídico indeterminado

46 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; SENDÍN, M.A. “Derecho administrativo español”. Vol. II. Netbiblo. La Coruña 2009, pp 26-27

47 Así lo dispone el artículo 35.1, apartado i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando dispone que serán motivados, con sucinta referencia de supuestos de hecho y de derecho, los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

48 RODRÍGUEZ-ARANA. MUÑOZ, J. Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. Derecho PUCP [online] Núm. 67, 2011 pp 210, Disponible en la URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516> [Con acceso 15.3.2016]

que requiere de un juicio de constatación o comprobación. Se impone a la Administración sanitaria, como primer presupuesto, valorar la existencia de circunstancias que afecten al desarrollo de la actividad y que hagan preciso atender a la cobertura de la plaza o puesto temporalmente desatendido.

A nuestro juicio, es criticable el escaso interés del legislador a la hora de establecer mayor rigor en las condiciones o circunstancias que posibilitarían acudir a la vía de provisión excepcional que es la comisión de servicios. La mera acreditación de necesidades del servicio no presenta ninguna cualidad que la diferencie de otros supuestos de provisión de puestos de trabajo pues, ¿acaso no habrá de estar presente esa necesidad en los casos de cobertura de plazas mediante los procedimientos ordinarios previstos en el Estatuto Marco? Sin duda hubiera sido deseable que el artículo 39 respondiera al cumplimiento de circunstancias especiales o excepcionales, cualificación que facilitaría, por un lado, la identificación de los supuestos que por su excepcionalidad darían cabida a la comisión de servicios frente a los procedimientos ordinarios y, por otro, su posterior control en los procedimientos de impugnación de la decisión administrativa –tanto en vía administrativa como judicial-. Incluso, frente a la generalidad del término utilizado en la actual redacción del artículo 39, hubiera sido preferible transponer el requisito de “urgencia” que venía siendo recogido en la normativa funcionarial en el ámbito de la Administración General del Estado, y cuya eliminación no ha hecho sino amplificar las posibilidades de utilizar la comisión de servicios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, sin que se entienda cuáles son las razones para diferenciar los requerimientos de la comisión de servicios para el personal estatutario del régimen general del conjunto de la relación funcionarial pues, por su propia naturaleza, la comisión de servicios es uniforme y debiera contar con un régimen que se extendiera al conjunto de toda la administración pública.

En definitiva, se trata de precisar si concurre o no la necesidad de servicio, “en cuya concreción actúa la Administración con un margen de apreciación que no la dispensa de la necesidad de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que la decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice su legalidad y oportunidad, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1991 y Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 12 de noviembre de 2008). La clarificación sobre la

conurrencia del hecho que da origen a la actuación de la Administración queda fuera de su ámbito de valoración, siendo una realidad que puede ser delimitada, de suerte que o se da o no se da, sin perjuicio de que tal precisión requiera de una operación intelectual como pudiera ser, por ejemplo, la apreciación de si esa situación organizativa podría ser resuelta con una redistribución de efectivos o por una minoración de las funciones atribuidas al puesto. O como se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2009<sup>49</sup>, “la revisión de la legalidad de la actuación administrativa pasa necesariamente por analizar si la urgencia e inaplazable necesidad –haciendo referencia en este caso a la previsión del Real Decreto 364/1995- concurre en cada caso, concepto jurídico indeterminado cuya determinación en modo alguno puede abandonarse sólo al juicio administrativo pues se estaría con ello propiciando un ejercicio arbitrario de la potestad, opaco al control judicial, cuando la norma ha querido condicionar la posibilidad de la comisión a un hecho cierto: la concurrencia de la situación de necesidad, que existe o que no existe, pero que no depende del criterio administrativo”.

Es la determinación de la concurrencia o no del supuesto de hecho, lo que habilita para acudir a la forma extraordinaria de provisión que es la comisión de servicios. “Es por ello igualmente innegable que la concurrencia de dicho presupuesto habilitante ha de resultar acreditada en el procedimiento administrativo y explicitada en la resolución de nombramiento, permitiendo en cualquier caso cuestionar la legalidad de la decisión mediante el análisis de la realidad del presupuesto fáctico en el que se asienta” (sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2006<sup>50</sup>).

Se trata, por otra parte, de una liviana carga para la Administración sanitaria (si consideramos que, por ejemplo, en el ámbito de la Administración General del Estado, se habla de “urgente e inaplazable necesidad”<sup>51</sup>) conforme a la cual habrán de ser descritos los hechos y circunstancias a los que, aplicada la norma, dan lugar a determinadas consecuencias jurídicas, constituyendo, como se ha dicho, el elemento

49 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Núm recurso 447/2005

50 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sentencia número 619/2006. JUR 2007/80144.

51 Artículo 64 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

fáctico o condición esencial y necesario para el ejercicio de las competencias<sup>52</sup>.

En este punto es interesante traer a colación la sentencia de 1 de septiembre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>53</sup>, dictada en relación a una revocación de servicios carente de motivación, y en la que se dice que *“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 quién la confirió, y así tanto su otorgamiento, como su terminación se justifican en función de las necesidades del servicio”* (Fundamento Jurídico segundo)<sup>54</sup>.

No olvidemos que el supuesto de hecho es un elemento reglado del acto administrativo que es controlable por los órganos judiciales considerando la previsión que al efecto se recoge en el artículo 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando se dice que *“el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”*.

Consecuentemente, la utilización de términos genéricos, o la reproducción de la literalidad del artículo en el expediente y en el nombramiento, es insuficiente, a la vez que es una actuación descuidada que no hace sino eludir el deber de quien dicta el acto como responsable del órgano administrativo competente de dar razones del acto administrativo, de suerte que principios como los de transparencia y objetividad quedan comprometidos.

La determinación de la causa es relevante no sólo a efectos de justificar el acto, sino al de ponerle fin. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencia de 22 de diciembre de 2000<sup>55</sup>

52 PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo* Vol II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa. Open Ediciones Universitarias. 2014, p 43.

53 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª ROJ STSJ CLM 2289/2014.

54 Similar argumentación se encuentra en sentencia de 26 de enero de 2005 del TSJ de Madrid (Fundamento Jurídico segundo). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, sentencia número 86/2005. JUR 2006\209861.

55 Sala de lo Contencioso-Administrativo.

vino a señalar que *“no basta con que la Administración aluda a su facultad de revocar el nombramiento en comisión de servicio de la actora, incluso con alegaciones genéricas a razones organizativas de servicio y de gestión personal, sino que efectivamente acredite que tales razones organizativas y gestoras concurren en el presente supuesto, vinculadas con la causa justificativa de tal comisión de servicio”*. El mismo Tribunal, en la anteriormente citada sentencia de 1 de septiembre de 2014 señala que ha de aplicarse a 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 de quien toma la decisión (...)”*. 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 la necesidad del mismo antes de que concluya el plazo de duración del mismo”. Con mayor rotundidad afirma que *“la revocación de la comisión debe ser explícita, explicada y deberse a una causa legal”*.

Cabe añadir que la precisión del hecho ha de hacerse en el momento oportuno, estando debidamente acreditado en el expediente generado en el cauce procedimental que conduce a la decisión administrativa, y no, como lamentablemente sucede, en eventuales procedimientos derivados de reclamaciones e impugnaciones, cuando la Administración trata de aportar los elementos probatorios en defensa de su posición.

## b) Potestad discrecional

La propia redacción del precepto determina que la provisión de puestos mediante la comisión de servicios quede enmarcada como una facultad discrecional de la Administración en el ámbito de su autoorganización, donde disfruta de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el estatus del personal a su servicio (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1990, de 29 de marzo). La comisión de servicios se encuadra dentro del poder de dirección siempre que, como hemos visto, existan necesidades que lo justifiquen y que la Administración dé razones suficientes del porqué acude a ella frente a sistemas ordinarios como pudieran ser el concurso-oposición, o el concurso.

RJCA\2001\412 Recurso de Apelación 78/2000.



La potestad discrecional atribuida por la ley no es sino la posibilidad que se ofrece a la Administración de gozar de una cierta estimación subjetiva que le permita concretar cuál de las opciones que pueda bazar en su actuación sea la más adecuada para alcanzar los fines de interés público encomendados cuando la complejidad de la variante y diversa realidad dificulte que la norma pueda llegar a concretarlas, así como de darles concretos efectos jurídicos.

Los contornos que configuran las comisiones de servicios desde el punto de vista de sus presupuestos habilitantes, como procedimiento de provisión de puestos, o en cuanto a las consecuencias que provoca esta situación administrativa en los derechos de los demás aspirantes que pudieran ostentar legítimos intereses para ocupar esos puestos en desarrollo de su carrera profesional o promoción, la conceptúan como una situación sometida a ciertas restricciones que justifica la necesidad de la motivación cuando se acude a ella.

En este punto es posible abrir un debate por cuanto que, en la práctica, la utilización de la comisión de servicio como facultad discrecional a la que acuden los gerentes de los servicios de salud, se ha considerado en ocasiones como un mecanismo para rodearse de gente conocida, dando lugar a todo tipo de especulaciones respecto a su concesión, sin sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Por otra parte, tal vez a los ojos del gestor, desde una visión sesgada por criterios de celeridad o agilidad, podría estimarse que esa necesidad de justificar la actuación administrativa es trivial en comparación a la obtención de una rápida respuesta que soluciona el problema organizativo generado por la vacante o puesto de trabajo no cubierto. Pero este planteamiento es cuestionable también desde el momento en que las administraciones sanitarias han desarrollado procedimientos de selección de personal temporal bajo las previsiones de eficacia y agilidad previstas en el artículo 33 de la ley 55/2003.

En todo caso, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>56</sup> obliga a la Administración a la motivación del acto discrecionalidad, ofreciendo información suficiente, capaz de convencer, que sea una explicación que se pueda sostener, *susceptible de resistir la comparación*

<sup>56</sup> 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa

*con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que si existe alguna oposición ésta sea más bien de carácter marginal o inocua*<sup>57</sup>. Conviene insistir en que motivar no es acudir a fórmulas preestablecidas o vagas. Afirma Rodríguez-Arana que no es pura formalidad ni fórmula de estilo que sirve para cubrir el expediente, sino que es *“una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una administración pública y de sus agentes por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho”*<sup>58</sup>, impecable apreciación en cuanto al deber ético inherente al ejercicio de cargo o puesto públicos.

El Tribunal Supremo señaló en sentencia de 1 de junio de 1999 que *“la discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, razonables, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio-cultural determinado, pero precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es lo que garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación suficiente, que al menos exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (STC 14/1991), fórmula un tanto vaga si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la suficiencia”*.

Resulta muy ilustrativa la exposición que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en sentencia núm. 417/2014 –ya citada anteriormente –: Señala en lo concerniente a la comisión de servicios que *“al respecto, cabe recordar, ante todo, que el Real Decreto 364/1995, como la Ley 7/2007 reconoce que el sistema normal de provisión es el concurso o la libre designación, (...) Pues bien,*

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de mayo de 2009. FJ cuarto.

<sup>58</sup> Id. *“Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”*. Derecho PUCP Núm. 67, 2011 pp 216

igualmente se contemplan procedimientos excepcionales de provisión a los que se les exige siempre motivación. (...)

Ciertamente la provisión de puestos de trabajo también puede hacerse como ha hecho la Convocatoria del caso, es decir, mediante comisión de servicios o mediante adscripción provisional. Pero esa provisión es provisional o temporal, no puede desbordar los supuestos para los que está prevista por las normas jurídicas y, por supuesto, debe contar con una motivación o justificación que, además, tiene que ser razonable.

En efecto, la decisión de la Administración de proveer puestos de trabajo en la función pública mediante los procedimientos de comisión de servicios o de adscripción personal requiere que esa decisión descansa en una justificación razonable.

Por lo tanto, es obligación de la Administración ofrecer una justificación certera en la que descansa su decisión de provisión mediante comisión de servicios o mediante adscripción provisional.

De este modo, si la decisión administrativa se encuentra huérfana por completo de motivación, es decir, si falta así en la resolución administrativa la necesaria justificación razonable, consideramos que el resultado del control judicial no puede decantarse en favor de esa actuación administrativa ilegal sobre la base de un indebido desplazamiento de la carga de la prueba que haga recaer en el impugnante la obligación de probar que no concurrieran en cada caso motivos razonables para que la Administración adoptase una decisión de esa índole.

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 22 de marzo de 2004 –recurso de casación 5697/2001– que «ni se pone a la Administración una tarea imposible, ni se la impone una carga de la prueba que no deba asumir, ...» sino que se le exige que explicita la razón de su decisión.

El requisito de motivación (...) tiene por finalidad la exteriorización o expresión de las razones que han conducido a la Administración a adoptar una determinada decisión, es decir, la motivación tiene por finalidad pues, que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración.

El fin que cumple la motivación del acto administrativo es precisamente que, en su caso, puedan ser rebatidos en la forma procedimental regulada al efecto, esto es, la motivación cumple, pues, la finalidad de que tanto el interesado como los órganos judiciales puedan conocer la ratio decidendi de la resolución administrativa. Por consiguiente, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, no se trata de un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable; y

ello tanto porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, como porque la motivación es necesaria para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración. En definitiva, únicamente la expresión de los motivos de la decisión permite al interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación, que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, - en este sentido, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional números 26/1981, 61/1983, 100/1987, 26/1989, 70/1990, 14/1991, 353/1995, 109/1992, 196/1998 y 77/2000.

Por consiguiente, la motivación no es una cortesía elemental ni un mero requisito formal, sino que se trata de una garantía, en concreto de una garantía de primer orden mediante la que es posible comprobar que la decisión administrativa no es el fruto de la arbitrariedad.

La motivación asegura, pues, la seriedad de la formación de la voluntad de la Administración, garantiza al ciudadano que podrá impugnar la resolución administrativa con posibilidad real de criticar las bases que la sustentan y, por último, la motivación hace posible el control jurisdiccional”.

La falta de motivación a la hora de optar por acudir a la comisión de servicios es reprochable habida cuenta de que la Administración tiene el mandato legal de servir con objetividad los intereses generales, de manera que el quehacer público, muy especialmente el de quienes dirigen las organizaciones públicas o sus órganos dependientes, debe estar imbuido por esta lógica de servicio objetivo, racional, que es enemigo del subjetivismo y de la expresión más soberana de la ausencia de la razón que es la arbitrariedad<sup>59</sup>, que puede quedar descartada cuando se explicitan, de manera transparente, los razonamientos seguidos en el actuar administrativo, olvidando la caduca opacidad o la mezquina parquedad de razonamientos, alejados de la idea de una Administración moderna, eficaz y comprometida con el interés general.

Sentado ya que la labor de motivación de la Administración pasa no sólo por la concreción de la realidad fáctica o supuesto de hecho, sino por exponer qué razones le llevan a considerar la mejor adecuación de la comisión de servicios frente a otras alternativas (pues ya se ha señalado que es un acto que

59 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión ética de la función pública”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2013

puede afectar a terceros que aspiren a acceder a una plaza o puesto, bien de forma permanente o temporal, o la de otros interesados en el desarrollo de su carrera mediante la promoción interna, o aquéllos interesados en la movilidad definitiva dentro del Sistema Nacional de Salud), el esfuerzo intelectual exigido a la Administración cobra notable importancia por cuanto que resulta de un ejercicio volitivo en el que, barajadas diferentes alternativas, se considerará aquella más ajustada al interés general, ponderando diferentes intereses en juego y velando por los principios constitucionales de objetividad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, mérito y capacidad.

No obstante lo anterior, lamentablemente, la comisión de servicios continúa siendo en ocasiones, una vía para la provisión de plazas a la que la Administración sanitaria acude pretextando mayor celeridad, utilizando mecanismos en los que la estrecha línea entre la discrecionalidad y la arbitrariedad queda desdibujada cuando no se explicitan las verdaderas circunstancias y las razones que llevan a la elección de este sistema de provisión, sino que permanecen en realidad desconocidas, opacas a su conocimiento por los posibles interesados, mientras que la Administración se limita a justificar su actuación bajo el genérico fin de la eficacia, olvidando que la misma sólo cabe en el marco de la legalidad y el respeto de principios tan elementales como los de objetividad, neutralidad e imparcialidad, guías del buen hacer de una Administración sustentada en valores éticos, y en la que cualquier sospecha de presencia de intereses individuales o corporativos debe quedar automáticamente desterrada.

## VI. LA PRESENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO, CAPACIDAD Y PUBLICIDAD

El artículo 4 del EM enumera los principios y criterios de ordenación del régimen estatutario, entre los que establece los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario, principios que reitera en su artículo 29, cuyo apartado 1.a) establece que “*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios: igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud*”. El TRLE-BEP también obliga a las Administraciones Públicas a proveer los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los citados principios (artículos 1.3 b) y 55.1).

La jurisprudencia de nuestro país ha venido interpretando y extendiendo más allá de lo puramente literal, el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas a los procedimientos de cobertura de puestos, una vez que ya se ostenta la condición de funcionario público. Con esto, se trata de lograr que todos estos cauces de ascenso y promoción dentro de la Administración Pública no puedan desconocer el principio de igualdad que reconoce a todos los ciudadanos en el acceso a las funciones y cargos públicos y la imposición de no exigir en dicho acceso, requisito o condición alguna que no sea a los principios de mérito y capacidad enunciados en los artículos 23. 2 y 103. 3 CE<sup>60</sup>.

No obstante, se percibe una distinta valoración o rigor en la apreciación de estos principios cuando hablamos de provisión de puestos de trabajo. Así lo manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo que viene consolidándose desde hace tiempo. La sentencia del Tribunal Constitucional 48/1998, de 2 de marzo dice que “...*esa exigencia* [la de la configuración legal de los principios de igualdad, mérito y capacidad] *es más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando dentro ya de la misma se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa...*”. La sentencia del Tribunal Supremo 407/1997 se enmarca en la misma línea cuando alude a que “...*aquel derecho y estos valores constitucionales* [acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, y los principios de mérito y capacidad, respectivamente] *operan con distinto rigor e intensidad según se trate del acceso a la función pública o del desarrollo o promoción de la carrera administrativa...ya que siendo el derecho recogido en el artículo 23.2, un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente tener en cuenta, una vez acreditados los requisitos de mérito y capacidad, otros criterios bien distintos que no guarden relación con éstos, en atención de otros bienes constitucionales...*”.

Ahora bien, esta limitación de los principios de mérito y capacidad, supone a su vez una limitación a la efectividad del principio de igualdad, del que traen causa.

Según la doctrina constitucional, el artículo 23.2 concreta el principio de igualdad general en la función

60 MESEGUER YEBRA, J “El derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998”. Revista Jurídica de Navarra núm. 27 enero-junio 1999, pp. 273-274

pública y la imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio, ostentando quien resulte perjudicado, un derecho puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y ante el Tribunal Constitucional en último término, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en sentencia 89/1989, de 11 de mayo, señalaba que *“el artículo. 14 de la CE, prohíbe, por una parte, que se dé un tratamiento desigual tanto en las previsiones normativas, como en su aplicación concreta, por un poder público, a quienes se encuentren en situaciones esencialmente similares, y, por otra, que si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto discriminatorio”*.

Que la Administración pueda argumentar razones de mayor eficacia en la organización y prestación de servicios públicos, justificando así elección de la de provisión de plazas por determinados funcionarios en comisión de servicios en detrimento de otros, no puede suponer una limitación desproporcionada e ilimitada de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que éstos gozan de una protección constitucional más fuerte, (artículos 14 y 23 de la CE). Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: *“aunque la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido por el artículo. 103.1, tal principio es de rango inferior a la igualdad, que es no sólo un derecho individual de los españoles protegible, incluso por vía de amparo (artículos. 14 y 53.2 de la C.E.), sino un principio al que está sometido el legislador (artículos. 14 y 9.1 de la C. E.), e incluso un «valor superior» del ordenamiento (artículo 1.1 de la C.E.) ante el cual deben ceder otros de rango inferior”*<sup>61</sup>.

Una interpretación de lo expuesto coherente con la defensa realizada en páginas anteriores sobre la naturaleza de la comisión de servicios, nos lleva a considerar que, la provisión y la movilidad del personal de los servicio de salud, aunque obedezcan a circunstancias diferentes a los procedimientos de selección, comparten una finalidad, que no es otra que la cobertura de plazas o puestos, debiendo regirse por los mismos principios, tal y como también se

prevé en el Estatuto Marco, cuyo artículo 29 dispone que *“la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: a) Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud”*

Por otra parte, si bien los referidos principios de igualdad, mérito y capacidad, derivan directamente de la Constitución; el principio de publicidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo 66/2012, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección: 7, Recurso: 1073/2009, señala que *“en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad)...”*.

El principio de publicidad se erige así como un principio reforzador de los anteriores<sup>62</sup>, que persigue la objetividad de la actuación administrativa, pues de todos es conocido que en lo que no se hace público domina la subjetividad. Es de suma importancia en los procesos de provisión de puestos<sup>63</sup>, pues es el medio que permite que los interesados sean conocedores de las convocatorias, adjudicaciones, y puedan interponer, llegado el caso, los recursos administrativos y

62 PÉREZ LUQUE, A. *“La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales”*. El Consultor 2005 pp 241

63 *“La publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto a su concurrencia”*. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de septiembre de 1986, RJ 1986\5986. *“La ausencia de publicidad crea una situación de desigualdad entre los posibles concurrentes, incompatible con las condiciones de igualdad que postula el párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución”*, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de marzo de 1987, RJ 1987\3640.

61 FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J. La provisión de puesto de trabajo en la Administración General del Estado. Instituto Nacional de Administración Pública. Diciembre 2002. pp 63-64

judiciales si estiman que la Administración Pública se ha desviado en sus actos administrativos.

La presencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en el ámbito de las comisiones de servicios también se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia. Se trae a colación en este momento la sentencia de 17 de junio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León<sup>64</sup>, donde se refleja expresamente que las comisiones de servicios no se encuentran al margen de los precisados principios. Argumenta el órgano judicial que dentro de lo que el Tribunal Constitucional denomina “*relación funcional*” no cabe duda que entran también los aspectos concernientes a la provisión de puestos de trabajo por comisión de servicios, “*no en vano, el Estatuto Básico del Empleado Público ya lo menciona expresamente, al disponer con carácter general su artículo 78.1 que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y 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*”. Interpretación extensible al personal estatutario pues recordemos que el citado Estatuto Básico se ha configurado como norma complementaria al régimen del personal estatutario, a la cual cabe acudir directamente en virtud de la previsión de su aplicación a dicho personal en su artículo 2.3<sup>65</sup> pues, como expone Palomar Olmeda, este artículo, en el caso del personal estatutario de los servicios de salud establece una escala de fuentes que se compone de dos grandes bloques normativos: a) el del Estado y las Comunidades Autónomas dictado en materias de servicios de salud o sanidad; y b) el del propio Estatuto Básico del Empleado Público –aunque matizado en algunos títulos y capítulos -.

Continúa el Tribunal señalando que “*por consiguiente, la urgencia que pudiera requerir la provisión de un puesto por comisión de servicios, en ningún caso puede pasar por encima del derecho fundamental de los funcionarios a acceder en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, a ese puesto de trabajo, aun siendo provisional,*

*pues existen procedimientos ágiles y adecuados que permiten cohesionar o salvaguardar ambos intereses, la urgencia de la administración en proveer lo antes posible el puesto y los intereses de los funcionarios que reúnen los requisitos en acceder a dicho nombramiento, en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*”.

Consecuencia de lo expuesto hasta ahora, es que la materialización de los principios constitucionales habrá de realizarse en las convocatorias de manera abstracta y generalizada, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva “*ad personam*”, ya sea de manera expresa como encubierta (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 42/1981, de 22 de diciembre y 27/1991, de 14 de febrero).

## VII. LA PLASMACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMISIÓN DE SERVICIOS: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Llegados a este punto, la consideración de la comisión de servicios como un mecanismo de provisión temporal de puestos de trabajo, que además afecta a aspectos tales como la movilidad funcional y/o geográfica, plantea la cuestión de si forma parte de las materias objeto de negociación colectiva.

El artículo 29 del Estatuto Marco, en cuanto a interesa al presente epígrafe, establece en su letra f) que “*la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los siguientes principios básicos: Participación, a través de la negociación en las correspondientes mesas, de las organizaciones sindicales especialmente en la determinación de las condiciones y procedimientos de selección, promoción interna y movilidad, del número de las plazas convocadas y de la periodicidad de las convocatorias.*” Por su parte, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público concreta una serie de materias negociables (artículo 37), algunas de las cuales afectan directa o indirectamente a las facultades y funciones incluidas en la potestad administrativa de organización, entre ellas las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión de puestos de trabajo (apartado c), o las materias que afecten, entre otras, a movilidad funcional y geográfica (apartado m). El texto del precepto comienza con un imperativo, “*serán materias de negociación*”, lo que supone que las materias seguidamente enumeradas por el precepto no pueden ser objeto de regulación

64 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. RJCA\2011\587.

65 PALOMAR OLMEDA, A. SEMPERE NAVARRO, A. V. “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Aranzadi-Thomson 2009.

o actuación unilateral por parte de la Administración sin haber pasado previamente por una negociación, reserva destinada a sustraer todas esas materias de su poder exclusivo para convertirlas en un espacio bilateral y compartido que, se logre o no el consenso, y requiera o no la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno correspondiente, presupone, por definición, la existencia de una negociación previa, real o intentada, a riesgo de nulidad por ilegal, de la norma que desconozca tal obligación<sup>66</sup>.

A su vez, no conviene olvidar que el mismo artículo 37.2 dispone que cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales.

Como indica la sentencia núm. 1299/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 30 de marzo de 2015, la negociación colectiva *“es un concepto amplio, referido a la regulación de la relación de servicio, pero que excluye otros aspectos que afectan a la organización administrativa, al ejercicio de potestades públicas, y, en general, al régimen jurídico-administrativo. La negociación colectiva no puede condicionar el ejercicio de las potestades que la Constitución y las leyes confieren a las Administraciones Públicas para servir con objetividad los intereses generales, ni tampoco las responsabilidades que le corresponden para organizar y garantizar el correcto funcionamiento de los servicios. Sin embargo, no es fácil desligar las potestades y funciones atinentes a las autoridades y órganos administrativos de aquellas que afectan a las condiciones de trabajo del personal a su servicio, dada la interacción o influencia recíproca entre unas y otras.”*

En efecto, la lista de materias recogidas en el artículo 37 es exhaustiva y prácticamente todas las condiciones de trabajo de los funcionarios parecen negociables. En lo que interesa a la comisión de servicios, habrá que distinguir si exclusivamente es una decisión discrecional que emana del poder de autoorganización de la Administración, con lo que estaría excluida de esa potencial negociación o, por el contrario, su concesión o denegación afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios, como el resto de procedimientos de movilidad del personal.

Parece lógico pensar que la movilidad funcional o geográfica derivada de la comisión de servicios puede afectar a las condiciones de trabajo, lo que vendría a reforzar la defensa de que los criterios por los que haya de regirse sean objeto de negociación, más aún si además sumamos su consideración de mecanismo de provisión de puestos, materia de obligatoria negociación.

Consecuentemente, el reconocimiento de la potestad discrecional de la Administración para acudir a la comisión de servicios, no obsta para que aquellos criterios generales que afecten al acceso, carrera o provisión de plazas o puestos, no deban ser debidamente tratados en el seno de las mesas de negociación del ámbito correspondiente. En este sentido, el artículo 34 del Texto Refundido del Estatuto Básico establece que *“a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales”*, y en apartado 3 continúa diciendo que *“son competencias propias de las Mesas Generales la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito.”*

Respecto al personal estatutario, el artículo 79 de la Ley 55/2003 dispone que *“en el ámbito de cada servicio de salud se constituirá una mesa sectorial de negociación, en la que estarán presentes los representantes de la correspondiente Administración pública o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en la elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud”*. Las mesas sectoriales son pues, el ámbito donde los representantes de los trabajadores se erigen en representantes institucionales del interés colectivo, lo que permite la extensión de los principios de igualdad, mérito y capacidad a los acuerdos que se pudieran alcanzar, de aplicación general a todos los trabajadores, tanto presentes como futuros -e incluso, en algunos casos, pasados-, incluidos en su ámbito de negociación.

Lo expuesto excluye la posibilidad de que todos aquellos criterios que afecten a los requisitos por los que deba de regirse un procedimiento de provisión de puestos, incluida la comisión de servicios, sean tratados y negociados en ámbitos inferiores a los descritos, tales como los extendidos pactos a nivel de

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. En PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, V. el al “Comentarios A la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Aranzadi-Thomson. Navarra 2009, pp 342 -361

centro o gerencia que no hacen sino introducir desigualdades e inseguridad jurídica por cuanto que el personal de un mismo servicio de salud es tratado de diferente forma dependiendo de la gerencia a la que se encuentre adscrito, todo un dislate.

## VIII. CONCLUSIONES

La comisión de servicios es un sistema de provisión de puestos de trabajo vacantes o temporalmente desatendidos, que presenta una naturaleza excepcional frente a los sistemas de provisión de carácter ordinario. Constituye a su vez, una manifestación de la potestad discrecional que, constatada la realidad fáctica o supuesto que habilita para su utilización, queda sometida al deber de motivación previsto en el ordenamiento jurídico.

La motivación ha de ser la constatación de los elementos determinantes de la decisión administrativa, de suerte que la potestad discrecional no dispensa a la Administración de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que la decisión viene determinada en la realidad fáctica y de los elementos que permitan superar el juicio sobre la legalidad, oportunidad y congruencia con los motivos y fines de interés público que la justifican.

No cabe duda acerca de que la comisión de servicios precisa de un procedimiento reglado, que garantice el respecto a los principios igualdad, mérito, capacidad y publicidad, a la vez que constituye materia de negociación colectiva en la mesa sectorial correspondiente. Con ello no se elimina la potestad de autoorganización de la Administración (sanitaria, en este caso), sino que se introduce un paso previo para el debate, y posible acuerdo sobre los criterios y requisitos en los que han de reflejarse aquellos principios. Para ello, la Administración habrá de perseguir el interés general en el marco de la legalidad, al igual que los representantes de los trabajadores habrán de velar también por el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de forma que posturas egoístas o puramente corporativistas, en las que los intereses sectarios o de ciertos grupos son defendidos por encima de intereses generales, queden vedadas, persiguiendo la objetividad y seguridad jurídica para el conjunto de los profesionales de las instituciones sanitarias del respectivo ámbito de negociación.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R y CRISTÓBAL RONCERO, R. En PALOMAR OLMEDA, A, SEMPERE NAVARRO, A Coord. “Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”. Thompson-Aranzadi 2006, pp 338.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J. “La provisión de puesto de trabajo en la Administración General del Estado”. Instituto Nacional de Administración Pública. Diciembre 2002. pp 63-64.
- MESEGUER YEBRA, J “El derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998”. Revista Jurídica de Navarra núm. 27 enero-junio 1999, pp. 273-274.
- PALOMAR OLMEDA, A. SEMPERE NAVARRO, A. V. “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Aranzadi-Thomson 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, R. “Derecho Administrativo Vol II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa”. Open Ediciones Universitarias. 2014, p 43.
- PÉREZ LUQUE, A. “La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales”. El Consultor 2005 pp 241.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”. Derecho PUCP [online] Núm. 67, 2011 pp 210, Disponible en la URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516> [Con acceso 15.3.2016].
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. “La dimensión ética de la función pública”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J; SENDÍN, M.A. “Derecho administrativo español”. Vol. II. Netbiblo. La Coruña 2009, pp 26-27.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. “El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro”. Revista aragonesa de Administración Pública [online] Monografía XIII 2011, p 22. Disponible en la URL: [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Monograf%C3%ADas/Monografico\\_XIII/04\\_Sanchez.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs2/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Monograf%C3%ADas/Monografico_XIII/04_Sanchez.pdf) [Con acceso 25.2.2016].
- VAQUER CABALLERÍA, M. “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”. Revista de Administración Pública. Número 186, Madrid, septiembre-diciembre 2011.