

Comisiones de servicio

El TSJC nos da la razón, las comisiones de servicio no se pueden convocar con una Nota informativa y se deben justificar.

ACAIP único sindicato exclusivamente del ámbito penitenciario en Cataluña, ha sostenido siempre que la Administración no convocaba concursos de traslados porque los sindicatos generalistas les permitían, una y otra vez, desplazar a los trabajadores -y tenerlos subyugados- mediante el otorgamiento de comisiones de servicios. Una teoría que, ahora, con la sentencia firme del TSJC se confirma sin lugar a dudas y en toda su extensión.

Los hechos se remontan al año 2019, cuando la Subdirección de Recursos Humanos convoca la oferta de 23 plazas en comisión de servicios mediante una pírrica Nota Informativa. Desde **ACAIP**, recurrimos la misma al entender que, si había vacantes en los centros, lo lógico y correcto es convocar el concurso de traslados pertinente para cubrir esas plazas de forma definitiva y, sobre todo, con las máximas garantías procesales. Evidentemente, nuestro recurso fue desestimado por la Secretaría con diferentes argumentos. El más vistoso es que los sindicatos habían aceptado ese sistema de provisión en la Comisión de Seguimiento. O dicho de otra forma, UGT, CSIF, CCOO, CATAAC y la I-CSC llevan años validando y consintiendo la provisión de plazas por el sistema extraordinario de las comisiones de servicio en detrimento del concurso de traslados.

Agotada la vía administrativa, **ACAIP**, acudió a la Contenciosa/Administrativa para defender la legalidad y evitar que los de siempre le allanen el camino a la patronal. Ciertamente, el Juzgado de Primera Instancia dio la razón a la Administración, pero sin ninguna justificación de peso que nos hiciera desistir de nuestra pretensión, así que recurrimos al TSJC. Y ahora sí nos dan la razón, al menos en los puntos clave. Las comisiones de servicio no se pueden convocar mediante una Nota Informativa. Es el inicio de un proceso de asignación de plazas y se debe realizar mediante una resolución JUS/. De forma totalmente justificada, con la publicidad suficiente y justificando de forma motivada porque esas plazas vacantes no se provisionan por el sistema ordinario del concurso de traslados.

Que no ha logrado **ACAIP** con esta sentencia, que el juzgado obligue a la Administración a convocar un concurso de traslados, porque esa es una potestad discrecional de la Administración donde la Judicatura no puede imponerse.

En cualquier caso hay dos cuestiones que quedan muy claras en esta sentencia: la Administración no podía de ninguna forma actuar como lo hizo, ni en el fondo ni en las formas y los sindicatos generalistas tienen una importante parte de responsabilidad en la situación en la que nos encontramos, sin concurso desde el año 2015.

Francesc López
Portavoz de ACAIP Cataluña
Barcelona, a 7 de junio de 2024

PD: Con el interés de evitar contra o desinformaciones a este escrito, os adjuntamos la sentencia íntegra del TSJC.

Disfrutar lo votado, **ACAIP**, como único sindicato profesional, seguirá defendiendo al colectivo penitenciario.



Roj: **STSJ CAT 1991/2024 - ECLI:ES:TSCAT:2024:1991**

Id Cendoj: **08019330042024100141**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **21/02/2024**

Nº de Recurso: **1499/2021**

Nº de Resolución: **526/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANDRES MAESTRE SALCEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

RECURSO APELACIÓN SALA TSJ CATALUÑA Nº **1499/2021**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 263/2021

Parte apelante: Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP)

Parte apelada: Subdirecció General de Recursos Humans i Econòmics de la Secretarí de mesures penals, reinserció i atenció a la víctima, del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (en adelante SGRHE)

Resolución recurrida: Sentencia nº 38/2021 de 5 de febrero recaída en procedimiento abreviado nº 406/2019-A del JCA nº 9 de Barcelona

En aplicación de la normativa española y europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

SENTENCIA n° 526 /2024

Ilmo. Sr. PRESIDENTE

D. JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

Ilmos. Sres.

MAGISTRADOS:

D. PEDRO LUÍS GARCÍA MUÑOZ

D. ANDRÉS MAESTRE SALCEDO, ponente

D. JUAN ANTONIO TOSCANO ORTEGA

D^a LAURA MESTRES ESTRUCH

En la ciudad de Barcelona, a veintiuno de febrero de dos mil veinticuatro

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confieren la Constitución y las leyes, la siguiente sentencia, en el presente rollo de apelación interpuesto por la entidad Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), representada por la Procuradora sra Adriana Flores Romeu, contra la Sentencia nº 38/2021 de 5 de febrero recaída en procedimiento abreviado nº



406/2019-A del JCA nº 9 de Barcelona, habiendo comparecido como parte apelada la Subdirecció General de Recursos Humans i Econòmics de la Secretària de mesures penals, reinserció i atenció a la víctima, adscrito al Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, representada y defendida por la Abogacía de la Generalitat de Catalunya.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Andrés Maestre Salcedo, quien expresa el parecer de la SALA.

La presente resolución que se basa en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada contiene el siguiente tenor:

" **PRIMER.-** Desestimar el recurs contenciós-administratiu núm. 406/2019-A interposat per, AGRUPACION DE LOS CUERPOS DE LA ADMINISTRACION DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS (ACAIP) contra l'actuació administrativa a la que es refereixen els antecedents de la present resolució por resultar la mateixa ajustada a Dret.

SEGON. No fer cap pronunciament especial sobre les costes processals".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante inicial, al que se opuso la parte demandada primigenia, siendo admitido el recurso por el juzgado "a quo", con remisión de las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, personándose en tiempo y forma, ambas partes litigantes.

TERCERO.- Sustanciada en legal forma la citada apelación, se señaló a efectos de votación y fallo la fecha correspondiente, habiéndose cumplido y observado en nuestro procedimiento las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la carga de trabajo que pende ante la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Objeto de la apelación y posiciones de las partes. Naturaleza jurídica de la apelación.

El objeto de la presente apelación es la sentencia nº 38/2021 de 5 de febrero recaída en procedimiento abreviado nº 406/2019-A del JCA nº 9 de Barcelona, desestimatoria de las pretensiones actoras, que postulaban la anulación de la resolución de la inicial demandada, aquí apelada (departament de Justícia) de 2.7.20 por la que se resolvía " *Inadmetre el recurs de reposició* (recurso de alzada según la actora) *interposat pel senyor Leovigildo com a coordinador de l'Agrupació dels Cossos de l'Administració d'Institucions Penitenciàries (ACAIP), contra la Nota del Subdirector General de Recursos Humans i Econòmics de data 25 de març de 2019 en adreçar-se contra un acte no susceptible de recurs a l'empara de les previsions contingudes en l'article 116 c) en relació amb l'article 112 de la Llei 39/2015. Així mateix es fa constar que, no obstant la seva inadmissió, pel que ha quedat exposat, en el cos de la present resolució, el recurs hauria estat igualment desestimat quant el fons*". "

Remarcar que la nota de 25.3.19 antes dicha, es una nota interna dirigida (folios 55-56 EA) a las personas funcionaries que ocupan puestos de trabajo en los centros penitenciarios de Cataluña o personas funcionarias del Cuerpo de Técnicos especialistas (penitenciarios) de la Generalitat de Catalunya que ocupan otros puestos de Trabajo y quieren reingresar. El contenido de tal nota es posibilitar a tales personas ocupar alguno de los 23 puestos de trabajo (a raíz de jubilaciones, excedencias que no dan derecho a reserva de puesto de trabajo, etc) que existen vacantes, en comisión de servicios, por un período máximo de 2 años o bien, hasta la provisión definitiva que se produzca por concursos de traslados.

La citada sentencia apelada ofrece en esencia como argumentación jurídica la siguiente:

" **1.** Mitjançant Acord de data 27 de març 2006, del Grup de Treball de l'àmbit penitenciari dependent de la Mesa Sectorial de negociació de personal d'administració i tècnic de la Generalitat de Catalunya, en relació amb les condicions de treball del personal penitenciari, s'estableix la Comissió de Seguiment com un element primordial per efectuar l'anàlisi i l'avaluació de l'aplicació de l'Acord. És per això que en data 23 de gener de 2019 es va celebrar la Comissió de Seguiment amb els sindicats signants de l'esmentat Acord, en la que es va tractar el tema de les comissions de serveis i l'Administració va entregar els quadres a totes les formacions sindicals per tipologia de plaça, forma d'ocupació, comissions de serveis i encàrrecs de funcions.

2. En data 25 de març de 2019, el Subdirector general de Recursos Humans i Econòmics va fer pública una "Nota informativa" adreçada a les persones funcionàries que ocupaven llocs de treball al centres penitenciaris de Catalunya així com a funcionaris del cos tècnic d'especialistes de la Generalitat de Catalunya que ocupaven altres llocs de treball i volien reingressar. En aquesta "Nota" es considerava adient oferir la possibilitat d'ocupar



algun dels 23 llocs vacants, en comissió de serveis, per un període màxim de 2 anys o bé fins a la provisió definitiva efectuada per concurs de trasllats, atenent la necessitat de provisió, per necessitats del servei, de les esmentades vacants. Així mateix s'indicava els requisits que s'havien de complir per tal d'optar a les esmentades vacants i el procediment per a la seva sol·licitud. (Doc. 8, folis 55 i 56 de l'exp. adm.).

La Nota va ser enviada, el mateix dia de la seva signatura, a tots els centres penitenciaris i a les organitzacions sindicals, acompanyada de la relació de llocs vacants, que es va penjar en els taulers d'anuncis i se'n va donar difusió als funcionaris. (...)

La part recurrent fonamenta aquest recurs, en base als següents motius impugnatoris:

a) *Que la comissió de serveis es una figura excepcional per a cobrir llocs de treball i que la decisió de l'Administració no es motivada al donar-se la situació d'urgència i inajornable necessitat, i que, a més, l' art. 78 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP) doncs els llocs es proveeixen per concurs.*

b) *Que s'utilitza la comissió de serveis de manera injustificada i en detriment del concurs de trasllats, raó per la qual la decisió no resta motivada.*

(...) Amb caràcter previ hem de posar en relleu que no oposa la part recurrent cap motiu d'impugnació adreçat a combatre l'eix principal del recurs, "la inadmissió del recurs de reposició", sinó que es centra a rebatre tan sols la qüestió de fons com es la improcedència de les comissions de servei com a sistema de provisió que al seu entendre no resten ni motivades ni justificades.

Pel que fa la inadmissió del present recurs cal reproduir l'extensa fonamentació donada per la resolució impugnada que serveix com a motivació per determinar la correcció de la mateixa:

"Segon.- La Nota objecte d'impugnació estableix les places a cobrir, el procediment per a la seva sol·licitud així com els requisits per accedir-hi. Aquesta Nota no constitueix pròpiament una Resolució ni un acte de tràmit dels anomenats "qualificats" en els termes establerts a l'article 112 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu de les administracions públiques, atès que ni decideix directa o indirectament el fons de l'assumpte, ni determina la impossibilitat de continuar amb el procediment i tampoc produeix indefensió ni perjudici irreparable a drets i interessos legítims.

A més cal fer constar que ni tan sols en l'escrit del recurrent es deixa constància de cap argument que permeti entendre que es tracta d'un acte de tràmit qualificat per a ell, atès que ni s'al·lega ni es produeix indefensió per tal de ser considerat com a tal.

Així doncs, de conformitat amb el propi article 112 referit, en constituir un acte no impugnable s'ha de declarar la inadmissibilitat del recurs, atès que la oposició als actes de tràmit es pot al·legar pels interessats per a la resolució que posi fi al procediment, la qual en canvi no ens consta que hagi estat impugnada pel recurrent.

Per tant, atenent el que s'ha dit caldria concloure que a l'empara de l'art. 116.c) de la Llei 39/2015, la resolució impugnada no seria un acte susceptible d'impugnació per via de recurs la qual cosa dona lloc a la inadmissió a tràmit del recurs interposat de contrari.

Val a dir que la Nota recorreguda per la part recurrent com encertadament s'exposa en la resolució impugnada no és un acte susceptible d'impugnació atès que es tracta d'un acte de tràmit. En efecte al no tractar-se d'una resolució o d'un acte de tràmit dels anomenats "qualificats" que decideixin directa o indirectament sobre el fons de l'assumpte ni determinen la impossibilitat de continuar el procediment, ni produeixen indefensió o perjudici reparable de drets o interessos legítims raó per la qual la resolució d'inadmissió resulta plenament ajustada a Dret.

Sobre aquest extrem hem de significar que examinat l'expedient administratiu (folis 73 i 74) consta la difusió de la relació de persones i llocs a ocupar, en comissió de serveis.

Aquesta adjudicació es va fer pública en els Centres Penitenciaris de la mateix manera que es va donar a conèixer la Nota objecte d'impugnació. Ara bé com exposa l'administració demandada cap d'aquestes adjudicacions -que esdevenen impugnables han estat recorregudes per la recurrent. Cal significar, l'Informe de la Secretària de Mesures Penals, reinserció i atenció a la víctima (Doc. 17, folis 75 a 77 de l'exp. adm.) acompanya a les adjudicacions i que recull la motivació de la utilització d'aquesta forma de provisió per a cobrir els llocs en qüestió i com es du a terme la selecció dels seus candidats.

Per les raons exposades, -sense necessitat d'entrar en el fons de l'assumpte- ens du a desestimar el present recurs contenciós administratiu.

Ara bé pel que fa a la qüestió de fons pel que fa a la decisió de cobrir els llocs pel sistema de comissió de serveis, extrem que ja venia exposat per la pròpia "Nota", resta totalment motivada la necessitat d'utilitzar aquest



sistema de provisió de llocs de treball. En efecte, el llocs finalment coberts son llocs als centres penitenciaris, i per tant, que afecten a serveis essencials i finalistes, d'atenció directa a les persones, i que la per la seva pròpia naturalesa requereixen que aquests llocs de treball siguin coberts per raons de necessitat i urgència tal i com raona la fonamentació jurídica de la resolució impugnada, " els serveis penitenciaris són serveis essencials i finalistes d'atenció directa a les persones, per això no es poden deixar serveis sense cobertura i els centres han de disposar d'un mínim depersonal que compleixi el servei públic encomanat, la qual cosa justifica també la necessitat de provisió per mitjans no habituals com la comissió de serveis precisament derivada de la necessitat i immediatesa de la seva cobertura" que tot seguit passem a reproduir,

"(...) Tercer.- Subsidiàriament, no obstant la consideració anterior sobre la inadmissió del recurs, es considera procedent analitzar les qüestions de fons al·legades pel recurrent. En primer lloc al·lega l'ús fraudulent de l'Administració de la tècnica de la comissió de serveis per proveir llocs de treball als Centres Penitenciaris de Catalunya en detriment del concurs de trasllats, i manifesta que s'ha ignorat l' article 78.1 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'estatut bàsic de l'empleat públic (TREBEP).

El recurrent també al·lega que, quan l'Administració opta per cobrir llocs de treball vacants a través del mecanisme de la comissió de serveis, en lloc de procedir a la seva provisió definitiva a través d'un concurs de trasllats, serà necessari dotar aquesta decisió d'una motivació intensa i específica, evitant raonar-ho genèricament, com per exemple, mitjançant l'expressió "necessitats del servei".

Per últim, el recurrent argumenta que la comissió de serveis es configura com una opció organitzativa de l'Administració d'últim grau, atès que els requisits per acudir a la mateixa són: a) Atendre al prevalent interès del servei, en tot cas, i b) La impossibilitat de cobertura del lloc per altres mitjans ordinaris o extraordinaris previstos en el Reglament o alternativament la concurrència d'urgència i inajornable necessitat.

Quart.- En resposta a aquestes al·legacions, en primer lloc, cal precisar que, de la interpretació conjunta dels articles 5, 8, 9 i 10 del Decret 123/1997, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat de Catalunya així com dels articles 61 i 62 del Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública, els concursos de trasllat són una forma ordinària i normal de provisió dels llocs de treball reservats a personal funcionari, que té com a finalitat seleccionar el candidat més adequat per exercir les funcions del lloc de treball a proveir, mitjançant l'avaluació dels mèrits i capacitats dels aspirants, sempre que siguin adients als requeriments generals o específics dels llocs objecte de la convocatòria corresponent, que en el present cas, encara no s'hauria publicat per haver donat pas, en primer terme, al sistema extraordinari de provisió de llocs de treball, consistent en la comissió de serveis.

En relació a la comissió de serveis, i de la interpretació conjunta dels articles 6.a), 101 i ss. de l'esmentat Decret 123/1997 i de l'article 85.3 del Decret legislatiu 1/1997, s'estableix que els secretaris generals poden atorgar comissions de servei als funcionaris que en depenen, per raons d'urgència i motivades en necessitats dels serveis, per al desenvolupament de determinades funcions, per a la cobertura de llocs de treball vacants o que estan reservats a altres funcionaris. En tal cas, els funcionaris hauran de reunir els requisits i les condicions establertes en la relació de llocs de treball per al desenvolupament de les funcions o dels llocs que passin a ocupar.

Un aspecte important a destacar de les comissions de serveis és el seu caràcter temporal, que implicarà que restaran sense efecte si és necessari per raó de servei, o perquè es proveeixi el lloc pel procediment ordinari o pel transcurs del temps pel qual es va concedir, que serà un màxim de 2 anys.

A més, també s'estableix que el lloc ocupat en comissió de serveis que sigui necessari cobrir amb caràcter definitiu s'haurà d'incloure en les convocatòries de provisió de llocs de treball que es realitzin amb posterioritat a la concessió de la comissió i pel sistema que correspongui segons el que determinin les relacions de llocs de treball.

Així doncs, de la interpretació de tots aquests preceptes legals, arribem a les següents conclusions:

1) Encara que sistema ordinari de provisió de llocs de treball per al personal funcionari és el concurs de trasllats també és conforme a dret la provisió dels llocs de treball mitjançant la comissió de serveis, la qual es podrà acordar per raons d'urgència i motivades en necessitats dels serveis.

2) La comissió de serveis té caràcter temporal, i com a màxim, de 2 anys.

3) Els llocs ocupats en comissió de serveis que sigui necessari cobrir amb caràcter definitiu, s'han d'incloure en les convocatòries de provisió de llocs de treball que es realitzin posteriorment.



Cinquè.- En el cas que ens ocupa les raons d'urgència que legitimen les comissions de servei, es troben recollides en la Nota del Sub-director general de Recursos Humans i Econòmics de 25 de març de 2019, en concret: les jubilacions de personal, excedències per incompatibilitat o interès particular i que no donen dret a la reserva de lloc de treball, a més d'altres situacions com promoció de funcionaris des de llocs base del cos tècnic d'especialistes a llocs de comandament i d'altres situacions que generen reserva de lloc de treball, així com l'obertura i posada en marxa de determinats serveis nous. Totes aquestes situacions varen generar noves vacants i vacants reservades als diferents centres penitenciaris que era necessari proveir.

Cal fer constar així mateix que la Nota del Sub-director posa també de relleu que la comissió de serveis seria per un màxim d'un període de 2 anys o bé fins a la provisió definitiva que es produeixi per concurs de trasllats o per retorn del titular del lloc, d'acord amb el que es preveu a l'article 104 del Decret 123/1997, de 13 de maig.

En un altre ordre de coses, i tal i com es posa de relleu en l'informe de 28 de gener de 2020 de la sub-directora general de Recursos Humans i Econòmics de la SMPRAV, els serveis penitenciaris són serveis essencials i finalistes d'atenció directa a les persones, per això no es poden deixar serveis sense cobertura i els centres han de disposar d'un mínim de personal que compleixi el servei públic encomanat, la qual cosa justifica també la necessitat de provisió per mitjans no habituals com la comissió de serveis precisament derivada de la necessitat i immediatesa de la seva cobertura.

Quan s'ofereixen aquests llocs de treball mitjançant la comissió de serveis i se'n generen de nous (places de resultes dels funcionaris que marxen en comissió de serveis) si hi ha algun altre funcionari interessat en alguna d'aquestes altres places també són ofertes i sinó es cobreixen amb interins de la borsa.

En la Comissió de seguiment de 15 de maig de 2019 l'Administració va informar que enviaria als centres el llistat d'assignacions de les comissions de servei, i així ho va fer, i que amb posterioritat a la reunió s'enviaria la informació als sindicats. Precisament, a l'Acta d'aquesta Comissió de Seguiment consta que s'assignen 33 comissions de servei (han estat 23 assignacions més 10 de resultes, amb data d'incorporació 1 de juny de 2019).

Sisè.- Pel que fa a l'al·legació del recurrent relativa a que la Nota, objecte d'impugnació, ignorava l'article 78.1 del TREBEP relatiu a que les Administracions públiques proveiran els llocs de treball mitjançant procediments basats en els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat, cal fer ressò del contingut de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (núm. 2505/2016, de 27 de desembre) que al respecte exposa el següent:

"Ciertamente, como nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23 y 103 CE), rigen no solo en el momento del acceso a la función pública sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, son aplicables a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983 , 15/1988 y 47/1989), aunque, lo cierto es que también es diferente el rigor y la intensidad con que en este último caso operan tales principios, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los principios de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991). Más concretamente, en el preciso supuesto que ahora se trata, la propia provisionalidad de la provisión del puesto, impuesta por razones de inaplazable y urgente necesidad acreditada, que imponen la cobertura inmediata de la vacante, unida a la temporalidad de los nombramientos resultantes, permite introducir importantes modulaciones en la atención de aquellos principios constitucionales". [...]"La necesaria modulación de las rígidas exigencias que se imponen para acceder a la función pública no puede hacerse a costa de convertir los procesos de provisión de vacantes en mecanismos de designación aleatorios, tampoco en los casos de comisiones de servicio, en los que la funcionalidad de la figura exige una mayor flexibilidad, de modo que no se impongan complejos baremos de méritos, pudiendo simplificarse la selección conforme a los más sencillos parámetros objetivos al uso en la valoración de la carrera profesional, entre ellos el criterio de antigüedad, esta es la interpretación que ha de efectuarse del citado art. 64 del RD 364/1995, de 10 de marzo (RCL 1995, 1133), 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, tras la entrada en vigor del EBEP, siendo así que la discrecionalidad de la Administración se ha de entender referida a la apreciación de la necesidad de urgente e inaplazable cobertura de la plaza, y a la fijación de criterios selectivos sumarios pero netamente objetivos, pues no puede actuarse la discrecionalidad al margen de los principios sistemáticos que consagra nuestra Constitución y la normativa sectorial de aplicación"

Així doncs reconeix que els principis d'igualtat, mèrit i capacitat estan també presents en els procediments de provisió entre els que ja són funcionaris. En aquest sentit reconeix la discrecionalitat de l'Administració qui, fonamentada en la necessitat urgent i inajornable de cobertura de la plaça, determina l'establiment de criteris

selectius que no han de ser del mateix rigor que els que suposen l'accés a la funció pública, sense que això sigui una vulneració dels principis constitucionalment previstos en l'article 23.

Precisament el criteri de l'antiguitat al qual també es refereix la sentència, és el que s'anuncia en la Nota recorreguda: "En cas que hi hagi més sol·licituds que llocs de treball per ocupar als centres penitenciaris de Catalunya, s'aplicarà el criteri de l'antiguitat en llocs de treball de cos de tècnic d'especialistes per a la selecció del personal".

En el present cas els sindicats van ser informats a la Comissió de Seguiment de 23 de gener de quines places eren vacants abans de fer pública la Nota de 25 de març de 2019 i fer-ne difusió als taulers d'anuncis dels Centres Penitenciaris. Posteriorment, es presentaren els candidats, s'ordenà la llista segons antiguitat i es donà difusió de l'adjudicació de les comissions de servei als diferents centres penitenciaris de Catalunya.

Per la seva banda, la Sentència del Tribunal Suprem, de 24 de juny de 2019 (núm. rec. 1594/2017), en el seus fonaments jurídics sisè i setè, s'expressa el següent:

"6º [...] Partiendo del presupuesto general - que exista vacante y que sea urgente e inaplazable cubrirla - se regula su duración máxima y prorrogabilidad, que el designado cuente con las exigencias previstas en la relación de puestos de trabajo para ocupar la plaza en cuestión, la competencia para acordarla, que en su caso se ofrece la plaza en la siguiente convocatoria para la provisión por el sistema que corresponda, más aspectos relacionados con las condiciones de trabajo del adjudicatario".

7º La convocatoria pública a la que se refiere el artículo 81.3 del EBEP no implica - máxime si concurren necesidades urgentes e inaplazables - aplicar las exigencias y formalidades procedimentales propias de los sistemas de provisión ordinarios, en especial el concurso, en el que se presentan y valoran méritos, se constituyen órganos de evaluación, etc.: bastará el anuncio de la oferta de la plaza en comisión de servicios, la constatación de que el eventual adjudicatario cuenta con los requisitos para ocuparla según la relación de puestos de trabajo y su idoneidad para desempeñar la plaza vacante."

Finalment, la sentència confirma l'anterior Sentència dictada pel Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, assenyalant que: "La cobertura de plazas mediante comisión de servicios no obedece a <<mecanismos de designación aleatorios>>. Exige flexibilidad, pueden emplearse <<parámetros>> más sencillos y objetivos - no los más complejos propios de un concurso de méritos - entre ellos el de antigüedad [...]".

En conseqüència, i de conformitat amb la doctrina jurisprudencial exposada, es constata la conformitat en dret de l'actuació objecte d'impugnació, doncs la convocatòria de la comissió de serveis no implica necessàriament aplicar les exigències i formalitats procedimentals pròpies dels sistemes de provisió ordinaris; és a dir, es pot temperar el rigor procedimental, sense que es digui el mateix pel que fa al rigor dels requisits per accedir al lloc. És més, l'eventual adjudicatari del lloc ha de reunir els requisits que per al seu exercici es preveuen en la Relació de Llocs de Treball.

En definitiva, es considera que per a la comissió de serveis és suficient l'anunci de la convocatòria del lloc i que l'eventual adjudicatari posseeixi els requisits assenyalats en la Relació de Llocs de Treball per al seu exercici i que és idoni per al lloc de treball.

Per tot el què s'ha exposat, cal concloure que en el cas que ens ocupa no es pot reconèixer un ús fraudulent per part de l'Administració de la comissió de serveis per proveir llocs de treball als centres penitenciaris de Catalunya en detriment del concurs de trasllats (...).

Per les raons exposades, s'escau, doncs, desestimar el present recurs contenciós administratiu per ser l'acte administratiu impugnat plenament ajustat a dret."

La defensa de la parte recurrente en apelación interesa sentencia estimatoria de sus pretensiones y revocatoria de la sentencia de instancia recurrida. Los motivos impugnatorios del citado recurso articulados por la parte apelante son en esencia, error de Derecho, manifestando textualmente lo siguiente:

"....en cuanto a la naturaleza jurídica de la "Nota" del Sr. Sud-director general de Recursos Humanos i econòmics de 25 de marzo de 2019, esta no puede ser encuadrada dentro del ámbito de la organización interna de la Administración que se articula a través de las circulares, ordenes de servicio y notas informativas puesto que su contenido excede de lo meramente informativo u organizativo. La referida nota no se limita a fijar simples directrices de actuación para la adecuada prestación del servicio sino que contiene la convocatoria y bases de una comisión de servicios.(...) Así pues, la "Nota" del Sr. Sud-director general de Recursos Humanos i econòmics de 25 de marzo de 2019 no es un simple acto instrumental, sino que, al contrario, pretende enmascarar un verdadero acto administrativo, dirigido a la totalidad de los funcionarios/as de prisiones de Cataluña, que constituye una convocatoria para ocupar 23 puestos de trabajo vacantes varios centros penitenciaris estableciendo, además, los requisitos de participación así como el procedimiento a seguir para la asignación



de tales vacantes. Por lo tanto, nos encontramos ante un acto susceptible de ser impugnado en los términos del art. 25. 1 LJCA.

La nota de 25.3.19 no motiva de forma adecuada y suficiente la necesidad de cubrir vacantes en los centros penitenciarios a través de la comisión de servicios en lugar de por medio de concursos de traslados. (...)

el art 78 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que señala *que la forma de provisión depuestos en cada Administración pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, siendo el concurso el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo.*

Así pues, en base a lo anterior, resulta posible afirmar que la potestad de autoorganización de la Administración, en lo relativo a la utilización de las comisiones de servicio en detrimento del concurso de traslados, se encuentra limitada en tanto que las primeras, al tratarse de un recurso extraordinario y excepcional, requieren de la existencia de una necesidad urgente e inaplazable que debe de quedar justificada a través de la correspondiente motivación no pudiendo la Administración recurrir para ello a formulas ambiguas o genéricas tales como "*las necesidades del servicio*" o "*la necesidad de garantizar un servicio esencial*". La Administración a través de la "Nota" del Sr. *Sud-director general de Recursos Humans i econòmics* de 25 de marzo de 2019, recurre a una *motivación genérica* refiriéndose alteraciones de las circunstancias de muchos centros penitenciarios por diversas causas(jubilaciones, excedencias, promociones etc.).

La motivación contenida en la tantas veces citada "Nota" es insuficiente para justificar la necesidad de recurrir a la convocatoria de una comisión de Servicios en lugar de convocar un concurso de traslados para cubrir las plazas vacantes en los centros penitenciarios y, aún más, cuando en el expediente no consta ni un solo documento que permita deducir que las razones de extrema necesidad alegada por la Administración se corresponde con la realidad."

En definitiva, la parte apelante en el suplico de su demanda impetra la anulación de la Nota ya dicha de 25.3.19, así como la resolución confirmatoria de la misma, y que se convoque el correspondiente concurso de traslado en los términos establecidos legalmente.

La parte apelada se opuso al recurso de apelación planteado de contrario, interesando la íntegra desestimación de tal recurso y por ende, la plena confirmación de la sentencia impugnada. Los correlativos alegatos de oposición deducidos por esta parte litigante, aparte del ajustamiento a Derecho de la sentencia apelada son, que:

"La part actora impugna una Nota amb un abast purament informatiu i d'àmbit intern, sense que en cap moment hagi impugnat les provisions provisionals a través de les comissions de servei ni tampoc les resolucions nominatives dels funcionaris. (...)

Per tant, tal i com resulta del propi contingut de la Nota estem davant un mer acte de comunicació que es penja als taulells del centre penitenciari i que se'n dona publicitat al centre penitenciari perquè és només pel centre i té un abast intern.

A més, el sindicats també participen i en donen difusió, de fet està pactat a les comissions de seguiment, tal i com hem exposat en seu d'antecedents. Tant és així que en l'acta de la comissió de seguiment, de 15 de maig de 2019, s'informa als sindicats representatius de l'assignació d'aquestes comissions de servei, així les organitzacions sindicals supervisen tot el procediment, des de les places que s'ofereixen fins als funcionaris que se'ls ofereix la vacant. (...)

la Nota motiva la necessitat de cobrir els llocs en comissió de serveis. A més, l'informe justificatiu del secretari de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima, de data 29 de maig de 2019 (folis 75 a 77 EA), sobre les comissions de servei atorgades aclareix que les situacions que s'han produït i generat noves vacants i vacants als diferents centres penitenciaris són defuncions, jubilacions de personal, excedències per incompatibilitat o interès particular, sancions disciplinàries amb pèrdua de lloc de treball, promoció de funcionaris des de llocs base del cos tècnic d'especialistes a llocs de comandament, així com l'obertura i posada en marxa de determinats serveis nous.

Per tant, es justifica en l'existència de raons que en són d'urgència que legitimen les comissions de servei i perquè aquestes vacants generades cal cobrir-les amb tècnics especialistes de serveis penitenciaris ja que són serveis essencials (recordem que fins hi tot durant les mesures adoptades per la pandèmia del coronavirus tant les instruccions com el pla de contingència del departament li han donat aquest caràcter).

Tot i que la comissió de serveis és una manifestació més de la potestat discrecional de l'Administració pública (en aquest sentit s'ha manifestat entre altres Sentència Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 7 de juny de 2004), i d'acord amb el que disposa l'article 101 del Decret 123/1997, de 13 de maig, pel qual s'aprova el



Reglament general de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, aquest procés s'ha dut a terme donant-ne publicitat i aplicant el criteri d'antiguitat en la prestació de serveis per adjudicar els llocs, intentant que els funcionaris passin a cobrir lloc de treball que trobin més adequats pels seus interessos, i els llocs que deixen lliures es puguin cobrir amb interins i que en cap cas queden deserts llocs que són essencials.

A més cal fer avinent que la part recurrent només impugna la nota informativa però cap de les resolucions nominatives dels funcionaris."

En cuanto a la **naturaleza jurídica de la apelación**, según reiterada y notoria doctrina jurisprudencial (entre otras SSTS Sala 3ª de 3-11-1998 y 15-11-1999) no puede considerarse una mera reiteración de los argumentos vertidos en la primera instancia sino un proceso especial impugnativo, con plena jurisdicción, autónomo e independiente, de la sentencia dictada en primera instancia, tendente a depurar el resultado procesal obtenido por tal sentencia, mediante la adecuada valoración de los hechos, elementos probatorios y fundamentos jurídicos esgrimidos en la sentencia de instancia, constatando si ha existido o no alguna infracción del ordenamiento jurídico, es decir, observando que la sentencia de instancia no haya incurrido en contradicción, arbitrariedad, irrazonabilidad (que la valoración de las pruebas haya sido contraria a la razón o a la lógica) o en incongruencia.

De esta forma, en puridad, el objeto del recurso de apelación es *la sentencia de instancia y no la actividad administrativa que ha sido enjuiciada por el órgano judicial "a quo"*. Por otro lado, dentro de la función revisora ínsita en toda apelación, el Tribunal "ad quem" no podrá decidir sobre cuestiones nuevas, no suscitadas ante el órgano inferior.

En este punto de la exposición es obligado recordar que en cierta manera existiría una pérdida sobrevenida de objeto ya que las comisiones de servicio de autos por espacio temporal máximo de 2 años, ya han tenido lugar desplegando sus efectos ante el transcurso del plazo de tiempo antes comentado. Ahora bien, es dable entrar en el fondo del asunto para analizar si en su momento la actuación de la demandada, aquí apelada fue conforme a Derecho o no.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.

Como ya hemos dicho reiteradamente por esta Sección y Sala, entre otras, en Sentencia nº 3581/2021 de 26-7-21 recaída en recurso de apelación nº 18/2020:

"... Conviene recordar, a las defensas de las partes apelantes y apeladas que:

- a) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia a su favor.
- b) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengán ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.
- c) Por otro lado el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediatez y por tanto dispone de una percepción directa de aquellas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba".

Sentado lo anterior, esta Sección y Sala entiende que no es ajustada a Derecho la sentencia apelada por contrariar el ordenamiento jurídico, en especial lo proclamado en el art 78.1 y 2 delTR EBEP aprobado por RDLegislativo 5/2015 de 30 de octubre a cuya virtud:

"Artículo 78. Principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera.



1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
2. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública."

De esta forma, vemos que el procedimiento ordinario de provisión de plazas vacantes es el sistema de concurso, en nuestro caso, concurso de traslado, con la debida convocatoria pública, publicada oficialmente, de general conocimiento (y no solo limitada a Instituciones penitenciarias) y no a través del mecanismo subsidiario excepcional de la comisión de servicios, las cuales deben ser también convocadas públicamente y no a través de una nota interna como ha sucedido en el caso de autos. En efecto, la nota de 25-3-19 ahora juzgada no puede ser entendida como una mera comunicación con efectos "ad intra", organizativa indicadora de determinadas directrices o instrucciones, sino que del contenido material de la misma obrante en folios 55-56 EA se observa claramente que excede de un mero acto de trámite, porque tiene efectos jurídicos "ad extra", enmascarando un real acto administrativo. Desde este punto de vista, nos hallamos con la nota de autos, ante un acto de trámite cualificado generador de indefensión puesto que, en la citada Nota, se está regulando los **requisitos, solicitudes y procedimiento de asignación de plazas**, características todas ellas que deben estar englobadas en un acto administrativo estrictu sensu (a modo de Resolución JUS/) y no en una mera nota interna. Así las cosas, es dable estimar la presente apelación, anular la sentencia de instancia y en virtud del art 85.10 LJCA entrar en el fondo del asunto que nos ocupa.

Así tenemos que, en nuestro caso, no se ha dado la debida publicidad en la/s comisión/es de servicios de autos, y ello (inexistencia de convocatoria pública) infringe el ordenamiento jurídico (en especial el art 78 TREBEP antes transcrito), tal y como entre otras, se postula en base a la STS nº 873/2019 de 24.6.19, recaída en recurso de casación nº 1594/2017, que analizando el art 81.3 EBEP vigente rationae temporis, a modo de resumen establecía lo siguiente:

"No ha lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia que anuló el nombramiento, en comisión de servicios, a funcionaria de la TGSS, porque era necesaria una convocatoria pública. Cuando la causa que justifica la comisión de servicios es que haya una plaza vacante cuya cobertura es urgente e inaplazable, si como medida transitoria se acuerda cubrirla en comisión de servicios obviamente voluntaria-, la comisión de servicios debe ofertarse mediante convocatoria pública y hacerlo, en su caso, dentro del plazo que prevea el ordenamiento funcional respectivo, y si en la normativa de desarrollo no se prevé un plazo concreto para ofertarla, tal silencio podrá percutir en la atención a esas necesidades urgentes, esto es, a cuándo debe acordarse la comisión de servicios y cuánto tiempo puede mantenerse la plaza sin ser servida hasta que se oferte en comisión de servicios, pero no a cómo debe acordarse su cobertura para lo cual es exigible ex lege que sea mediante convocatoria y que sea pública. Tal exigencia es coherente con el principio de igualdad en el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, para así evitar tratos preferentes en beneficio de la carrera profesional del funcionario comisionado. A la exigencia de convocatoria pública hay que añadir otras garantías como su duración, exigencias previstas en la relación de puestos de trabajo, competencia para acordarla y aspectos relacionados con las condiciones de trabajo del adjudicatario."

Recordar que el art 81.3 EBEP aprobado por RD Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, estatuye que:

"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".

Precepto éste que nuevamente incide en la idea de convocatoria pública oficial, conforme a las normas y plazos legalmente establecidos, en relación a las comisiones de servicio.

De esta forma tenemos que, los principios rectores de publicidad de las convocatorias y de sus bases y de transparencia, que refiere el art 55.2 TREBEP, T.R. de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se preservan precisamente mediante la publicación simultánea de las convocatorias con sus bases, al tiempo en que se apertura el plazo para la participación en el proceso selectivo, sin que la determinación o concreción del contenido de esas bases pueda diferirse a un momento posterior e incierto, con inevitable perjuicio de dichos principios de publicidad y transparencia.

Asimismo, con arreglo a los arts. 6.1 j) y 65 del Decret Legislatiu 1/1997, de 31 de octubre, las convocatorias de concursos como el que había de haberse efectuado, y que postula la demandante aquí apelante en el suplico de su demanda y recurso de apelación, son competencia de los respectivos titulares de Departament (aquí delegada en el Secretario General); debiendo incluir las convocatorias, "*Los méritos a valorar de acuerdo con el contenido del puesto de trabajo y el baremo de puntuación, para el caso de concurso*" (art. 64. c).



Del mismo modo, conforme al art. 21.1 y 2 del Decret 123/1997, de 13 de mayo, regulador del Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Generalitat de Catalunya, " *La calificación se basará en una puntuación máxima total que se reflejará en las correspondientes convocatorias* "; bien entendido que " *En cualquier caso, en las bases de las convocatorias de concursos de provisión de puestos de trabajo se establecerá el baremo de valoración aplicable en cada una de ellas* ".

A mayor abundamiento, recordar que la publicidad y la transparència se erigen en principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, y buena prueba de ello es que se exigen verbi gratia, en sede del procedimiento y expediente administrativo en el art 71 Ley 39/2015, y en cuanto a la transparència en el art 3.1.c) de la Ley 40/2015 que ha de seguir en toda actuación administrativa. Así las cosas, se ha de convocar el correspondiente concurso de traslado y evitar una utilización abusiva del instrumento de las comisiones de servicio.

De la prueba practicada en el presente pleito, NO queda debida y suficiente constància en el EA de la necesidad urgente e inaplazable de cobertura de plazas vía comisión de servicios, no bastando la mera constatación de plazas vacantes para automáticamente articular comisiones de servicio, sin que al propio tiempo se estatuyan los correspondientes concursos de traslado.

Acerca de la no dispensa de la obligación de la Administración de motivar adecuadamente su decisión de convocar comisiones de Servicio ya tenemos como bien señala la apelante la Sentencia 629/2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 2016, que declara, siguiendo a la STS 15.10.91 que el concepto de " *necesidades de servicio* " constituye un concepto jurídico indeterminado 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". De esta forma no se originan desigualdades o situaciones discriminatorias indeseadas de no ofertarse tales puestos de trabajo a Concurso de traslado (méritos), que es el sistema ordinario o normal de provisión de puestos de trabajo.

Por otro lado, vemos que f.3 EA, en el preacuerdo del grupo de trabajo del ámbito penitenciario dependiente de la mesa sectorial de negociación de personal de la Administración y técnico de la Generalitat de Catalunya en relación con las condiciones de trabajo del personal penitenciario, en su punto uno "in fine" ya establece que, las comisiones de servicios son un instrumento organizativo de provisión de puestos de trabajo de carácter excepcional cuando prescribe que:

" Així mateix es convocaran concursos de provisió de llocs de treball previs als processos de selecció, els quals inclouran la totalitat de les places vacants dels esmentats cossos als centres penitenciaris.

Les bases de les convocatòries dels processos esmentats es tractaran a la comissió de seguiment i s'adaptaran per tal de potenciar el coneixement de les especificitats de l'àmbit penitenciari.

Igualment, es facilitaran comissions de serveis al personal que presta serveis als centres penitenciaris, sempre i quan no coincideixi el calendari de gestió del corresponent concurs de provisió amb l'obertura del nou equipament, d'acord amb els criteris establerts a la comissió de seguiment, per a tots els centres"

Por último, hacer notar y coincidir con lo proclamado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de Mayo de 2011 (apelación nº 1327/2009), cuando expresó que la comisión de servicios se configura como opción organizatoria de la Administración de último grado, pues los requisitos para acudir a ella exigen:

- a).- Atender al prevalente interés del servicio, en todo caso, y.
- b).- La imposibilidad de cobertura del puesto por otros medios ordinarios o extraordinarios previstos en el Reglamento o alternativamente la concurrencia de urgente e inaplazable necesidad."

Consiguientemente se han de estimar las pretensiones de la parte recurrente, si bien parcialmente ya que su pretensión en el suplico de su demanda acerca que se convoque el correspondiente concurso de traslado en los términos establecidos legalmente no puede ser acogida por este Tribunal desde el instante en que tal acto de convocatoria es un acto discrecional de la Administración actuante, y en virtud del art 71.2 LJCA los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

TERCERO.- Costas procesales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, por mor del criterio del vencimiento objetivo, no es procedente imponer las costas procesales a ninguna parte



procedimental, primeramente porque la parte apelada, obtuvo en primera instancia una sentencia favorable a sus pretensiones, y en cuanto a la parte apelante vemos que en la estimación parcial de sus pretensiones (no es ajustado a Derecho la estimación su pretensión consistente en que se convoque el correspondiente concurso de traslado en los términos establecidos legalmente) la parte apelante no ha obrado con temeridad ni mala fe. Por tanto, no imposición de costas en ambas instancias.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso que nos ocupa,

FALLO

LA SALA HA DECIDIDO:

1) Estimar el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP), contra la Sentencia nº 38/2021 de 5 de febrero recaída en procedimiento abreviado nº 406/2019-A del JCA nº 9 de Barcelona, la cual se anula por ser disconforme a Derecho; y todo ello **sin expresa declaración de condena en costas**.

2) Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la actora contra la Resolución de la demandada de 2-7-20 "ut supra" referenciada, que se anula, así como la previa Nota de 25.3.19 (confirmada por aquélla) del Subdirector General de Recursos Humanos i Econòmics de la Secretaría de mesures penals, reinserció i atenció a la víctima, del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, *sin costas a ninguna parte procedimental*, y decimos estimación parcial, porque no se acoge por este Tribunal la pretensión de la recurrente en el suplico de su demanda conforme a la cual se ordena convocar el correspondiente concurso de traslado en los términos y condiciones previstos legalmente, por mor de lo establecido en el art 71.2 LJCA.

Notifíquese la presente resolución a las partes comparecidas, con indicación que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo, a tenor del art 86.1 de la Ley Jurisdiccional, y una vez gane firmeza, líbrese y remítase certificación de la misma junto a los autos originales, al Juzgado provincial de procedencia, acusando oportuno recibo.

Así mediante esta sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.