



Roj: STSJ M 69/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:69
Id Cendoj: 28079330032015100003
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 388/2013
Nº de Resolución: 3/2015
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: GUSTAVO RAMON LESCURE CEÑAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0006712

Recurso nº 388/2.013

Ponente Sr. Gustavo Lescure Ceñal

Recurrente: D. Celso (Proc. D^a. M^a Jesús Ruiz Esteban)

Demandado: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Abogado del Estado)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SENTENCIA NÚM. 3.

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. Pilar Maldonado Muñoz

D^a. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a siete de Enero del año dos mil quince.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 388/13 formulado por la Procuradora D^a. M^a Jesús Ruiz Esteban en nombre y representación de D. Celso , contra la Resolución de 24 de Enero de 2.013 de la Subdirección General de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y de la Seguridad Social, que confirma en reposición la Resolución de 9 de Agosto de 2.012 sobre denegación de reingreso al servicio activo; habiendo sido parte demandada el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL representado por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones reseñadas, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de

contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación del acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO .- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 7 de Enero de 2.015.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gustavo Lescure Ceñal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por D. Celso , en su condición de funcionario de la Escala Auxiliar a extinguir de la Administración de la Seguridad Social, en situación de excedencia voluntaria por interés particular desde el 17 de Febrero de 1.988, contra la Resolución de 24 de Enero de 2.013 de la Subdirección General de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y de la Seguridad Social que confirma en reposición la Resolución de 9 de Agosto de 2.012 sobre denegación de reingreso al servicio activo.

En su solicitud el interesado pedía *"el reingreso como funcionario en activo en cualquiera de los Organismos Estatales, en Barcelona o alrededores, dando el orden de prioridad que a continuación detallo: 1º) Fomento, 2º) Tesorería General de la Seguridad Social, y 3º) I.N.S.S."*, y la Resolución de 9.8.12 remite a lo dispuesto en las Instrucciones de 15 de Febrero de 2.011 dictadas por la Secretaría de Estado para la Función Pública, en desarrollo de los apartados séptimo y octavo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de Julio de 2.010, por el que se aprueban determinadas medidas de austeridad y eficacia en materia de empleo público, y en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 20/2.011, de 30 de Diciembre , de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

En el recurso de reposición frente a tal resolución se solicitaba la declaración del *"derecho a reingresar al servicio activo mediante una adscripción provisional, y el reconocimiento de los efectos retroactivos de los derechos de índole económico que corresponden desde el momento de la petición de reingreso"*, y la Resolución de 24.1.13 razona sustancialmente lo siguiente:

"(...) en el caso que nos ocupa hay que tener en cuenta que el recurrente se encontraba en excedencia voluntaria sin reserva de puesto de trabajo, por lo que su reingreso se debía efectuar mediante su participación en las convocatorias de concurso, o por libre designación, o por reasignación de efectivos para los funcionarios en situación de expectativa de destino, o en la modalidad de excedencia forzosa, a que se refiere el art. 29.6 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública , y que asimismo establece el punto 2 del art. 62 del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo , que el reingreso podrá efectuarse por adscripción provisional, condicionado a las necesidades del servicio, de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas, y siempre que reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

Ha de concluirse recordando que el procedimiento de adscripción provisional que se solicita es absolutamente excepcional y se encuentra legalmente supeditado a la existencia de necesidades del servicio y a la muy concreta regulación normativa que, en el momento presente, se halla en vigor.

En consecuencia, amén de todo lo manifestado con carácter general, debe hacerse mención a la actual normativa de aplicación que, en último término, imposibilita acceder a la petición de reingreso cursada:

Las Instrucciones dictadas, con fecha 15 de febrero de 2011, por la Secretaría de Estado para la Función Pública, en desarrollo de los apartados séptimo y octavo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de julio de 2010, por el que se aprueban determinadas medidas de austeridad y eficacia en materia de empleo público, determinan en su apartado 7 que el reingreso se efectuará mediante los procedimientos de concurso y libre designación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 bis de la Ley 30/1984, de 2 de agosto .

El artículo 3 del Real Decreto-Ley 20/2.011, de 30 de Diciembre , de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, fija en su apartado uno que a lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarios para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 .

(...) *En último término, tan solo cabe manifestar que la situación de excedencia voluntaria en que se encontraba el recurrente, D. Celso, no comportaba reserva de puesto de trabajo de acuerdo con los artículos 29.3.c) de la Ley 30/1984 de Medidas de Reforma de la Función Pública, y 19 del Reglamento de Situaciones Administrativas aprobado por Real Decreto 365/1995 de 10 de marzo, razón por la que su reingreso, en el caso de darse los presupuestos mínimos exigibles (existencia de vacante y dotación presupuestaria de la misma), debía efectuarse mediante su participación en las correspondientes convocatorias de concurso o libre designación, tal y como dispone el artículo 29 bis de la citada Ley y el 62 del Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo; es decir, mediante su participación en cualquiera de los sistemas de provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios que regulan tanto el artículo 20 de la Ley 30/1984 como los artículos 36 y siguientes del reglamento de Ingreso.*

SEGUNDO .- Procede rechazar en primer término la inadmisibilidad del recurso que plantea el Abogado del Estado alegando que el mismo se dirige frente a actividad administrativa no susceptible de impugnación (artículo 69.c de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 en relación con su artículo 25.1) sobre la base de que la Resolución de 9 de agosto de 2.012 es en realidad una mera comunicación u oficio puramente informativo que no tiene el carácter de acto finalizador de procedimiento administrativo.

Tal motivo de inadmisión ha de ser rechazado por cuanto que la Administración admitió a trámite el recurso de reposición formulado contra la Resolución de 9 de Agosto de 2.012, y la de fecha 24 de Enero de 2.013, que la confirmó desestimando la reposición, dio pie de recurso contencioso-administrativo, de modo que la Administración no puede luego negar la posibilidad de impugnación que ha reconocido expresamente en vía administrativa.

TERCERO .- La pretensión actora, de reingreso al servicio activo, debe ser desestimada en los términos planteados, careciendo de virtualidad los motivos de impugnación frente la resolución recurrida según se razona a continuación.

En la demanda se invoca la falta de motivación de la denegación inicial de la solicitud de reingreso, y se discute la fundamentación de la resolución confirmatoria en reposición, alegando en síntesis que no concreta la inexistencia de necesidades de servicio para denegar el reingreso y que cabe el mismo mediante la figura de la adscripción provisional, que no constituye una potestad discrecional sino reglada cuando concurren los requisitos de existencia de puesto vacante propio del cuerpo o escala a que pertenezca el solicitante y de dotación presupuestaria, los cuales no acredita la Administración que no concurren en relación con el caso del actor.

Es de advertir que la supuesta falta de motivación de la Resolución de 9 de Agosto de 2.012 ha sido subsanada mediante la Resolución de 24 de Enero de 2.013 desestimatoria del recurso de reposición contra aquella, lo que hace innecesario entrar a resolver sobre tal cuestión.

Con relación al fondo del asunto a que remite el recurso contencioso que nos ocupa, el régimen normativo del reingreso al servicio activo de los funcionarios en situación de excedencia voluntaria viene recogido en la Ley 30/1.984, de 2 de Agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, en cuyo artículo 29 .bis se establece que este ingreso se efectuará mediante la participación en las convocatorias de libre designación o de concurso; igualmente se podrá efectuar por adscripción para un puesto con carácter provisional, condicionado a las necesidades del servicio, debiendo convocarse dicho puesto para su provisión definitiva en el plazo de un año, y viniendo obligado el funcionario adscrito provisionalmente a participar en el concurso, siendo presupuesto previo, que parece evidente aún cuando la norma guarde silencio, la existencia de una vacante presupuestaria a la que el excedente pueda acceder.

Por tanto, son dos los medios de acceso: la participación en el concurso, y la adscripción provisional, que se ha de entender como procedimiento excepcional y que, como tal, requiere la concurrencia de una serie de requisitos que se desprenden de una interpretación conjunta del citado 29.bis y del artículo 62 del Real Decreto 364/1.995 de 10 de Marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, de aplicación supletoria, y que son los siguientes: que lo impongan o lo justifiquen las necesidades del servicio, que el funcionario excedente reúna los requisitos necesarios para su desempeño, y que el puesto de trabajo así provisto se convoque para su provisión definitiva en el plazo de un año, con obligación para el excedente de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa de manera provisional, quedando, si no obtiene destino definitivo, a disposición del órgano correspondiente en destino.

Como ha señalado la Sentencia de 3 de Marzo de 2.014 de la Sección Séptima de esta misma Sala (recurso contencioso 514/2.012), no cabe entender que se tiene un preexistente derecho subjetivo al reingreso al servicio activo desde la situación de excedencia voluntaria, es decir que indiscutiblemente existe y que pende sólo de una mera comprobación administrativa de aspectos reglados o del control a meros efectos de constancia, pues tal derecho depende de la existencia de una plaza a la que reingresar. Además, si el reingreso es por concurso, depende también de la efectiva convocatoria del mismo y de que se acredite poseer más méritos que los demás funcionarios para acceder a la plaza; y si lo es por adscripción provisional, depende de las necesidades del servicio. La excedencia voluntaria determina la ruptura de la relación de trabajo y de las prestaciones que le son propias, no alcanzando al funcionario que se encuentre en dicha situación otro derecho que el de pedir su reingreso, cuya efectividad está condicionada al cumplimiento de las previsiones normativas. Como dice, en un caso análogo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de Julio de 2.001, la adscripción provisional supone siempre una situación anómala, que solo puede admitirse en los supuestos de necesidades del servicio que debe de ser apreciada por la Administración en ejercicio de su potestad organizatoria. Y eso es lo que resulta del texto del artículo 29.bis.2) de la Ley 30/1.984 cuando se condiciona el reingreso en tales términos a las "necesidades del servicio", y añade el Reglamento de Provisión, artículo 62, que esto será "de acuerdo con los criterios que establezca el Ministerio para las Administraciones Públicas". Por ello el reingreso exige, en principio, participar en la correspondiente convocatoria, de modo que solo excepcionalmente puede hacerse por vía de adscripción provisional. En consecuencia, no basta con que la plaza esté vacante y dotada presupuestariamente, sino que es preciso que la cobertura provisional venga exigida por necesidades del servicio, por lo que siendo la regla el concurso, no es preciso una motivación concreta que excluya la necesidad del servicio para denegar la adscripción provisional.

En el supuesto del presente enjuiciamiento, el hoy recurrente, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria por interés particular, tiene derecho a solicitar el reingreso al servicio activo, pero tal reingreso ha de producirse, no automáticamente, sino a través de alguna de las vías legalmente previstas. El actor solicitó inicialmente su reingreso "en cualquiera de los Organismos Estatales, en Barcelona o alrededores" con un determinado orden de prioridad -"1º) Fomento, 2º) Tesorería General de la Seguridad Social, y 3º) I.N.S.S."-, y en el recurso de reposición modificó aquella solicitud reclamando el reingreso al servicio activo "mediante una adscripción provisional". En el suplico de su demanda se limita a solicitar la declaración del derecho al reingreso al servicio activo, si bien del conjunto argumental se desprende que el recurrente mantiene su pretensión de reingreso por la vía de la adscripción provisional.

Ya ha quedado dicho que no existe un derecho subjetivo a obtener el reingreso al servicio activo por adscripción provisional, sino que es una posibilidad que tiene la Administración cuando concurren determinados requisitos, entre ellos, necesidades del servicio que debe de ser apreciada por la Administración en ejercicio de su potestad organizatoria. La prueba articulada por el actor se ha dirigido a acreditar la existencia de plazas ocupadas por funcionarios interinos en las Delegaciones y Organismos estatales de la provincia de Barcelona, correspondientes a Cuerpos generales del Grupo C2 (auxiliar administrativo), pero también ha quedado dicho que no es preciso una motivación concreta que excluya la necesidad del servicio para denegar la adscripción provisional dado su carácter de medio excepcional para el reingreso al servicio activo, siendo el general la participación en concurso, de manera que esta vía es la que ha de utilizar el recurrente.

Por todo lo expuesto y razonado procede la desestimación del presente recurso contencioso.

CUARTO .- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 (según redacción dada por la Ley 37/2.011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal), procede la imposición de las costas procesales a la parte actora por la total desestimación de su recurso, si bien como permite el apartado tercero del mismo precepto, se limita su cuantía a la suma de 300 #.

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que rechazando la inadmisión planteada por el Abogado del Estado, DESESTIMAMOS el recurso contencioso- administrativo de D. Celso, y confirmamos las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, con expresa imposición de las costas procesales a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento jurídico. Contra esta sentencia cabe recurso de casación.

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



PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ