

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 362/2011

SENTENCIA NUMERO 46/2014

Getxo UDAL-AYUNTAMIENTO	SARRERA ENTRADA
2014 FEB. 12	
KOMUNKAZIO ARLOA	
Zk/Nº 4101	

Sida. Aberasturi (Ayto Getxo)

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO
D^a. MARGARITA DIAZ PEREZ



En la Villa de Bilbao, a veintidós de enero de dos mil catorce.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 863/2009.

Son parte:

- **APELANTE:** presentado por la Procuradora D^a. MARTA EZCURRA FONTAN y dirigido por el Letrado D. FERNANDO ALONSO PASCUAL.

- **APELADO:** AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado por el Procurador D. GERMAN APALATEGUI CARASA y dirigido por la Letrada Sra. ABERASTURI IBARRA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

11 FEB 2014

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 21/1/2014, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

recurre en apelación la sentencia n.º 344/2010, de fecha 17 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n.º 863/2009. La sentencia desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante contra los Decretos de Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo, de 16 de marzo de 2009 y 4 de febrero de 2010, que deniegan el inmediato reingreso al servicio activo tras excedencia voluntaria por inexistencia de vacantes.

B) RAZÓN DE DECIDIR DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En el Fundamento de Derecho I.4, la sentencia de instancia razona:

“Respecto a la fundamentación jurídica de aquellas pretensiones, ha de partirse de que, frente a la presunción de validez de las actuaciones recurridas establecida en el apartado 1 del artículo 57 de la L.R.J.A.P.P.A.C. (“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”) acorde al sistema organizativo de autotutela que rige en nuestro ordenamiento jurídico, la misma se basa en el artículo 68 de la Ley de la Función Pública Vasca que prevé la situación

del reingreso al servicio activo mediante la adscripción con carácter provisional a una vacante propia de su cuerpo o escala.

Sin embargo, tal y como ya se ha avanzado más arriba, procede desestimar completamente dicho motivo de impugnación porque efectivamente sin perjuicio de reconocer su derecho (que nadie niega) al reingreso en el servicio activo lo cierto es que, si no hay vacantes, dicho reingreso no puede materializarse”.

C) POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA.

La parte actora solicita la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo.

Sostiene, en síntesis, que no ha existido desviación procesal entre su solicitud administrativa y lo pedido en el procedimiento contencioso-administrativo. Añade que la Administración no cumplimentó en trámite de prueba la certificación de las vacantes de Agente y Agente Primero en la plantilla municipal. En tercer lugar, afirma que su derecho a ocupar una vacante no queda condicionado por el hecho de estar las existentes “comprometidas” en la OPE de 2004, pues el mismo se haya paralizado y los aspirantes a las plazas convocadas solo son titulares de una expectativa. Alega también que nada se dice en la sentencia sobre su reingreso a plaza de Agente, ni la Administración ha acreditado cuáles pudieran ser cubiertos mediante adscripción provisional por el actor. Y, por último, considera que resulta acreedor a ocupar alguna de las tres plazas de Agente Primero que fueron convocadas en el proceso selectivo paralizado desde el 2 de abril de 2008.

D) POSICIÓN DE LA PARTE APELADA.

El Ayuntamiento de Getxo se opone a la estimación del recurso.

En síntesis, afirma que el requerimiento probatorio fue cumplimentado el 23 de noviembre de 2010, con anterioridad al dictado de la sentencia. Niega que el proceso esté paralizado, pues se reanudó el mismo. Y concluye que no existía vacante alguna a la que el recurrente pudiera reingresar pues las mismas estaban comprendidas en el proceso selectivo convocado a raíz de la OPE de 2004.

SEGUNDO.- SOBRE LA EXISTENCIA DE PLAZAS YACANTES.

Con carácter preliminar, debe afirmarse que no es procedente analizar la desviación procesal alegada en el recurso de apelación. Aunque ciertamente se refiere a ella la sentencia, en el mismo Fundamento Jurídico se prescinde de su consideración, siendo la auténtica razón de decidir la relativa a la denotación fáctica de la inexistencia de plazas vacantes a las que pudiera reingresar el actor.

Respecto a esta cuestión, como sostiene el Ayuntamiento, el requerimiento probatorio fue cumplimentado con anterioridad a la sentencia de instancia. Además, no se hace constar por la parte que formulara recurso o protesta contra la eventual decisión del recurso contencioso-administrativo sin el referido medio de prueba, por lo que en cualquier caso tampoco resultaría posible analizar en esta sede esta supuesta infracción procesal.

Tampoco merece favorable acogida la alegación de existencia de incongruencia omisiva en la sentencia impugnada. Por muy escueta que sea la razón de decidir, lo cierto es que existe y que consiste como hemos visto en asumir la posición de la Administración municipal demandada en cuanto al concepto de plazas vacantes.

Ahora bien, resta analizar que concepto debe utilizarse a la hora de determinar la existencia de plazas vacantes, condición a la que se subordina legalmente el acceso del excedente al servicio activo. El Ayuntamiento entiende que no concurriría esa condición, por considerar que las plazas incluidas en la OPE de 2004 no estaban vacantes sino comprometidas en la correspondiente convocatoria. Frente a esta postura, el apelante sostiene que los aspirantes a dichas plazas solo son titulares de una expectativa, frente al derecho real y efectivo del actor a reingresar en la plaza de Agente Primero del Ayuntamiento de Getxo.

Lo primero que cabe señalar es que este conflicto no aparece expresamente regulado en la Ley. El art. 3.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que *“los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”*. Por su parte, el art. 89.1 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, establece: *“el reingreso en la situación de servicio activo o segunda actividad de quienes no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, a través de los sistemas de concurso o libre designación. Asimismo, el reingreso podrá efectuarse mediante la adscripción provisional a un puesto de trabajo con ocasión de vacante”*. Por otra parte, tanto el art. 23.1 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (*“Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes en cada Administración Pública serán objeto de oferta de empleo público”*) como el art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (*“Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo*

caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”) hacen referencia al ámbito objetivo de las ofertas de empleo público en parecidos términos. En este sentido interesa destacar la mención del art. 23.2 de la Ley 6/1989: “La oferta de empleo público expresará las plazas vacantes que deban cubrirse, tanto de funcionarios como de personal laboral fijo, clasificadas por categorías laborales o por grupos, cuerpos y escalas de funcionarios. La inclusión de dichas plazas no precisará de la realización de concurso previo, respecto de los correspondientes puestos de trabajo, entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios.”.

De tal modo que, a tenor de estos preceptos, puede concluirse que la oferta de empleo público debe comprender las plazas vacantes que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes en cada Administración y deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso.

Luego, la oferta de empleo público presupone la existencia de vacantes.

Siendo esta la condición a la que se subordina la efectividad del reingreso del funcionario excedente, no existe ningún argumento válido para que el recurrente pueda ser preterido por la Administración en el ejercicio de ese derecho frente a los aspirantes a las plazas convocadas como consecuencia de la OPE de 2004. La postura de la Administración supondría admitir la preferencia de la situación de vacancia de la plaza frente a la de su ocupación efectiva, lo que no casa con los principios rectores de la Administración Pública. Por otra parte, ello no supone naturalmente que el reingresado acceda a la titularidad de la plaza ocupada en cuestión, pues la propia Ley admite la posibilidad de que se recurra a la figura de la adscripción provisional. Además, debe tenerse en cuenta lo dilatado del proceso selectivo convocado a consecuencia de la OPE de 2004, que en lo que se refiere a las plazas de Agente Primero fue convocado por Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 28 de marzo de 2007, luego suspendido en fecha 11 de septiembre de 2008 y a fecha 24 de noviembre de 2011 se hallaba todavía en trámite (folios 152 y 155 de las actuaciones de segunda instancia).

Por todo ello, procede estimar la apelación y consecuentemente revocar la sentencia de primera instancia. En su lugar procede acordar haber lugar a la estimación del recurso contencioso-administrativo y a la anulación de la actividad administrativa impugnada, reconociendo el derecho del recurrente al reingreso en el servicio activo en la plaza de Agente Primero desde la fecha de 16 de marzo de 2009, en que se debió apreciar tal derecho por la Administración municipal demandada. Con los efectos inherentes a esa declaración.

TERCERO.- COSTAS.

No ha lugar a su imposición (art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

III. FALLAMOS

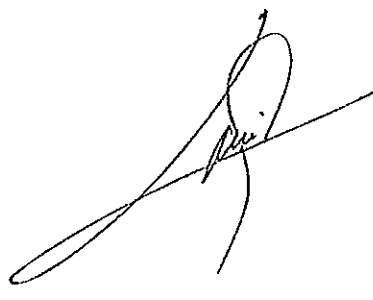
CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 362/2011, INTERPUESTO POR [REDACTED] CONTRA LA SENTENCIA N.º 344/2010, DE FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 2010, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 4 DE BILBAO EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 863/2009, DEBEMOS REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. EN SU LUGAR PROCEDE ACORDAR HABER LUGAR A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y A LA ANULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNADA, RECONOCIENDO EL DERECHO DEL RECURRENTE AL REINGRESO EN EL SERVICIO ACTIVO EN LA PLAZA DE AGENTE PRIMERO DESDE LA FECHA DE 16 DE MARZO DE 2009, CON LOS EFECTOS INHERENTES A ESA DECLARACIÓN. SIN COSTAS.

Devuélvase al apelante el depósito constituido, extendiéndose por el Juzgado origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.