

R. CASACION núm.: 1330/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo
Gonzalez

TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Fernando Román García

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 9 de marzo de 2023.

HECHOS

PRIMERO.- Frente a la resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Política Territorial y Función Pública de 24 de junio de 2019 por la que se modifica resolución de 18 de junio de 2019 («BOE» del 22) que resolvió concurso general para la provisión de puestos de trabajo vacantes en el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, convocado por resolución

de 15 de octubre de 2018 de la Secretaría General de Coordinación Territorial, resolución que, deja sin efecto la adjudicación del puesto de trabajo como Ayudante de Extranjería (código 3359065) en la Oficina de Extranjería en Pontevedra a [REDACTED] (y se adjudica [REDACTED] [REDACTED]), la representación de [REDACTED] interpone recurso contencioso administrativo, que fue resuelto mediante sentencia de fecha 28 de abril de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso ordinario 291/2019.

Dicha resolución, fue posteriormente rectificada por medio de Auto de fecha 15 de noviembre de 2021, en el sentido de declarar la nulidad de la resolución impugnada.

En la sentencia, se estimar parcialmente el recurso, en el sentido de acoger la pretensión subsidiaria planteada, rechazando así la pretensión principal. Las razones de denegación de esta pretensión, en términos generales, tienen como premisa las circunstancias fácticas que concurren en el presente caso referidas a que, en el momento de la resolución del concurso, el recurrente se encuentra en situación administrativa distinta a la de finalización del plazo de presentación de solicitudes y que no había comunicado al órgano convocante; estamos ante un funcionario de la Administración General del Estado; finaliza el plazo de presentación el 15 de noviembre de 2018, habiendo indicado el recurrente en su solicitud que está en excedencia para cuidado de hijos desde el 22 de febrero de 2016 al 22 de diciembre de 2019, según indica el art. 89.4 EBEP, y teniendo en cuenta que el plazo finalizaba con anterioridad a la resolución del concurso, se solicitó el cambio a excedencia voluntaria por agrupación familiar siendo concedida por resolución de 21 de febrero de 2019 y efectos de 22 de febrero de 2019; se resuelve el concurso por resolución de 18 de junio de 2019 y se le adjudica el puesto, toma de posesión puesto el 24 de junio y ese mismo día se dicta resolución que modifica la de 18 de junio de 2019.

La sentencia recurrida entiende que la cuestión controvertida se refiere a, si el art. 29.3 de la Ley 30/84 y el art. 17 del Real Decreto 365/95 se oponen al art. 89.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuanto que no fija tiempo mínimo de permanencia. Por tanto, el alcance de la Disposición Final 4ª del EBEP en relación con la Disposición Derogatoria.

Señala la sentencia que, la derogación no tendrá efecto hasta que se dicten las leyes de función pública siempre que no se opongan al EBEP y la situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar, en lo que se refiere al plazo mínimo de duración, permanece vigente dado que no contradice lo dispuesto en el EBEP. Aduce que, es cierto que el art. 89.3 EBEP nada dice pero fue porque el legislador no lo consideró necesario, sin que lo hayan excluido, como si se hizo con la excedencia para víctima de violencia. Por su parte, la resolución de 21 de junio de 2007 de Instrucciones para aplicación EBEP mantiene vigente el art. 29 de la Ley 30/84 y en la convocatoria también se prevé que esta excedencia ha de estar finalizada, esto es, si en la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas han transcurrido más de dos años, sin que dichas bases hayan sido recurridas.

Sobre la desigualdad y discriminación, la sentencia indica que, la recurrente se basa en que el art. 175.1 del EBEP de Galicia no contempla plazo, por tanto, desigual para Estado y CCAA, pero que, frente a ello, no se puede imponer la autoorganización de las administraciones autónomas. Además, dado que no es norma básica fijada por el EBEP, el poder legislativo autonómico puede regular este aspecto, ejemplo Extremadura y Valencia que se reserva para fijar ese plazo vía reglamento. Esto es, no hay desigualdad porque hay un régimen legislativo diferente.

Por lo que se refiere a la conciliación de la vida familiar, la resolución favorece y respeta dicho derecho en cuanto que mantiene la excedencia por el solicitada.

Por último, la sentencia trata la causa de nulidad por omisión del procedimiento, falta de audiencia, y resuelve que, en este caso, no se ha seguido procedimiento revisor una vez realizada la toma de posesión, siendo manifiesta la falta de audiencia; no es una mera corrección de errores por eso estima la pretensión subsidiaria y se anula por no haberse seguido el procedimiento, siendo causa de nulidad.

SEGUNDO.- La representación procesal de [REDACTED] ha preparado recurso de casación, considerando como normativa infringida el artículo 89.3 del EBEP (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, la Disposición Derogatoria Única de dicho texto legal en relación con el apartado 2º de la Disposición Final 4ª, y el artículo 29.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

Sobre la base del supuesto del apartado a) del artículo 88.3 LJCA se suscita como cuestión de interés casacional, si el art.89.3 EBEP no fija un periodo mínimo de permanencia en la situación de excedencia por agrupación familiar (ni tampoco se remite, ni siquiera de modo genérico, a los efectos de su determinación, a las leyes de función pública o reglamentos que se dicten en desarrollo), se puede interpretar que resulta exigible el período mínimo de permanencia que fija el art. 29.3.d) de la L30/1984 (2 años) que está derogado (y que únicamente mantiene su vigencia si no se opone al EBEP) por el mero hecho de que el legislador en su art.89.3 EBEP no elimina expresamente el periodo mínimo de permanencia y guarda silencio.

TERCERO.- Por auto de 02-02-2022, el órgano jurisdiccional tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo. Se ha personado como parte recurrente la representación procesal de [REDACTED], y como recurrida, el Abogado del Estado, que se opone a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de casación cumple con las exigencias del artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) habiendo realizado la recurrente singular referencia al caso, en relación con el juicio de relevancia y la existencia del interés casacional objetivo en virtud de alguno de los supuestos del artículo 88 de la LJCA.

SEGUNDO.- Conforme establece el artículo 90.4 LJCA, "los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

Así las cosas, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es, si el artículo 29.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, puede entenderse derogado por oposición al artículo 89.3 del EBEP, en la medida en que el primero exige un plazo mínimo de 2 años de duración de la excedencia voluntaria por agrupación familiar, a diferencia del segundo que no fija plazo mínimo de permanencia ni se remite a las leyes de función pública o, por el contrario, puede entenderse vigente dicho precepto por el hecho de que, el artículo 89.3 no elimina expresamente ese período mínimo de permanencia.

Concurre la circunstancia prevista en el apartado a) del artículo 88.3 LJCA en cuanto a la necesidad de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo en un supuesto sobre el que no existe jurisprudencia.

Los preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 89.3 del EBEP (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, la Disposición Derogatoria Única de dicho texto legal en relación con el apartado 2º de la Disposición Final 4ª, y el artículo 29.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el número RCA: 1330/2022.

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir a trámite el presente recurso de casación preparado por la representación procesal de [REDACTED] [REDACTED] fecha 28 de abril de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso ordinario 291/2019, rectificada por Auto de fecha 15 de noviembre de 2021.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es, si el artículo 29.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, puede entenderse derogado por oposición al artículo 89.3 del EBEP, en la medida en

que el primero exige un plazo mínimo de 2 años de duración de la excedencia voluntaria por agrupación familiar, a diferencia del segundo que no fija plazo mínimo de permanencia ni se remite a las leyes de función pública o, por el contrario, puede entenderse vigente dicho precepto por el hecho de que, el artículo 89.3 no elimina expresamente ese período mínimo de permanencia.

3º) Identificar como preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 89.3 del EBEP (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, la Disposición Derogatoria Única de dicho texto legal en relación con el apartado 2º de la Disposición Final 4ª, y el artículo 29.3 d) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.

