



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA: 00054/2023

Modelo: N11600
RÚA PADRE FEIJOÓ N ° 1, PLANTA 17° 36204 VIGO
Teléfono: 986 81 74 40 **Fax:** 986 81 74 42
Correo electrónico: Contenciosol.vigo@xustiza.gal

Equipo/usuario: MV

N.I.G.: 36057 45 3 2023 0000003
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000003 /2023 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/D^a:
Abogado: MARIA JOSE LISTE LOPEZ
Procurador D./D^a:
Contra D./D^a: CONCELLO DE VIGO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./D^a:

SENTENCIA N° :54/23

En Vigo, a 30 de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos por D^a M^a TERESA PADRÓN GARCÍA JUEZA SUSTITUTA del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 3/2023, a instancia de D. representado por la Letrada Sra. Liste López, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por la Sra. Letrada de la asesoría jurídica municipal; con el siguiente objeto:

- a) Resolución de 8 de noviembre de 2022, dictada por la Concellera delegada de Área de Seguridade, Contratación e Xestión Municipal del Concello de Vigo, que desestima el recurso de reposición interpuesto por el recurrente respecto a solicitud de pase a situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público al haber optado, dentro del plazo de toma de posesión, por permanecer en servicio activo en la Administración de origen
- b) Resolución de la Concelleria delegada del área de Seguridade, Contratación e Gestión Municipal, de fecha 27/9/2022 mediante la cual se desestima la solicitud del actor de declaración de excedencia en el sector público.

c) Denegación de la Jefa del Área de RRHH y Formación del Concello de Vigo de la toma de posesión del demandante el 29 de septiembre de 2022 como funcionario de carrera del Concello de Vigo en la plaza de policía local.

d) Decaído en su derecho ser nombrado funcionario de carrera por falta de materialización de la toma de posesión en el plazo otorgado para el efecto.



e) Informes emitidos por los servicios o áreas municipales que sirvieron como base jurídica para dictar las anteriores resoluciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado recurso contencioso-administrativo formulado por la representación del Sr en impugnación de la antedicha actuación administrativa, interesando se dictara en su día Sentencia por la que se revoque la resolución de 8 de noviembre de 2022 desestimatoria de recurso de reposición interpuesto por el recurrente en fecha 27/10/2022 y resolución de 27/09/2022 desestimatoria de solicitud de excedencia, en consecuencia:

-Se declare el derecho del demandante a ser declarado en situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público en la plaza obtenida en el proceso selectivo para acceso a la plaza de del Concello de Vigo con todo lo que proceda en derecho a tomar posesión como del Concello de Vigo, en virtud de su nombramiento, y en ese mismo acto pasar a la situación administrativa de excedencia voluntaria por incompatibilidad en dicho puesto de Vigo, al haber optado dentro del plazo legalmente habilitado por continuar en servicio activo en su administración de origen (en virtud del artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades, y en consecuencia estimándose la solicitud presentada por el actor el 26/09/2022 en los anteriores términos.

-Se revoquen todas las resoluciones o actos posteriores a la de 27 septiembre 2022; entre ellos, el acto de toma de posesión de 29 de septiembre

-Se condene a la administración a estar y pasar por dichas declaraciones y se le impongan las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acomodó a los trámites de procedimiento abreviado, convocando a las partes al acto del juicio, que tuvo lugar el pasado día 15 de marzo.

La parte actora ratificó sus pretensiones.

La representación procesal de la Administración contestó a la demanda alegando que se trata de proceso de provisión de puestos de Trabajo, no de libre de acceso, a la función pública por movilidad horizontal del cuerpo específico de en el Concello

por el que el Concello está obligado a sacar un número determinado de plazas (15) por este sistema, que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 84.1 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 prevaleciendo sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, improcedencia de impugnación de informes jurídicos, en cuanto meros actos de trámite; finalmente, se opuso a la estimación de las pretensiones deducidas de adverso. Practicada prueba documental, las partes expusieron oralmente sus conclusiones definitivas.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *De los antecedentes necesarios*

- 1.- La Xunta de Gobierno Local del Concello de Vigo, en sesión del 11 de agosto de 2022, procedió al nombramiento de funcionarios de carrera con cargo a 15 plazas de , por movilidad horizontal , adscrito al grupo C, Subgrupo C1 de titulación, , subescala de servicios especiales , clase y categoría de , en las plazas vacantes ofertadas en la ofertas de empleo público de los años 2017 , 2018, 2019; el ahora demandante, que se hallaba en servicio activo desempeñando plaza de en el Concello de)
- 2.- Ese acuerdo se publicó en el DOG de 14 de septiembre de 2022, donde se indicó que los interesados deberían tomar posesión en el plazo de 1 mes a partir de dicha publicación, con la advertencia de que, en el caso de no hacerlo, se procedería a declararlos en situación cesante y, consecuentemente, decaídos en su derecho.
- 3.- El día 26 de septiembre, el Sr. remitió escrito al Concello de Vigo poniendo de manifiesto su opción por seguir en servicio activo en Noia y solicitando que se le declarase, en situación de excedencia por incompatibilidad por prestación de servicio en el sector público, en el Concello de Vigo.
- 4.- Se dictó resolución el 27 de septiembre 2022 de la Concellería Delegada competente del Concello de Vigo desestimando la solicitud y se dispuso que el ahora demandante debería comparecer en el Concello de Vigo para formalizar su toma de posesión como funcionario de carrera de ese concello en la plaza de el día 29 de septiembre, debiendo acreditar la declaración de la situación administrativa que procediera, de modo tal que no se incurriese en supuesto de incompatibilidad, a los efectos de garantizar la correcta toma de posesión.
- 5.- El día 29 de septiembre acudió a las dependencias municipales con la finalidad de tomar posesión de la plaza, pero se le denegó esa formalización porque no presentó "la documentación requerida" en la resolución del 29 de septiembre sobre la situación administrativa que procediese.
La documentación que presentó ese día era la que acreditaba su situación actual de servicio activo como del Concello de.
- 6.- El día 27 de octubre recurrió en reposición la resolución de 27 de septiembre de 2022 denegatoria de solicitud de pase a situación



administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público. Recurso que fue desestimado mediante de resolución de fecha 8 de noviembre de 2022.

SEGUNDO.- De la normativa aplicable

I) La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, que es de aplicación al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes (art. 2.1.c), expresa que el personal comprendido en su ámbito de aplicación sólo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos en la misma para las funciones docente y sanitaria, y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Para la resolución del presente contencioso es preciso atender al contenido del art. 10:

"Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando, habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.

A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.

Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución."

II) 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.

-Art. 62.1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

- a) Superación del proceso selectivo.
- b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.
- c) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.
- d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

-Artículo 84. 1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas y las entidades locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración.

-Art. 85.1. Los funcionarios de carrera se hallarán en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicio en otras Administraciones Públicas.
- d) Excedencia.
- e) Suspensión de funciones.

-Art. 88.1: Los funcionarios de carrera que, en





virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas. Se mantendrán en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta.

-Art. 88.3: Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

III) Dispone el artículo 174.1.a) de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia: Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre incompatibilidades, procede declarar, de oficio o a solicitud de la persona interesada, en la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público al personal funcionario de carrera que acceda, por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas en cualquier Administración pública y no le corresponda quedar en otra situación administrativa.

IV) Establece el artículo 7.1.a) del Decreto 92/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia que procederá declarar de oficio o a instancia de parte en situación de excedencia voluntaria a los funcionarios cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro cuerpo o escala de cualesquiera administraciones públicas, a no ser que obtuviesen la oportuna compatibilidad o pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación.

V) Art. 137 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de

las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local: La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superar las pruebas de selección y, en su caso, los cursos de formación preceptivos.

b) Nombramiento conferido por la autoridad competente.

c) Prestar juramento o promesa en la forma legalmente establecida.

d) Tomar posesión dentro del plazo señalado reglamentariamente.

TERCERO.- De la interpretación jurisprudencial

Tanto la Sentencia del TSJ Galicia de 17 de julio de 2019 como la dictada por el TSJ Madrid de 1 de marzo de 2021 sientan las siguientes bases:



La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, es normativa básica con alcance general, y cuando fija la obligación de opción entre plazas o puestos incompatibles lo hace como técnica para resolver una situación de incompatibilidad para el desempeño simultáneo de los mismos. En cuanto norma prohibitiva, que afecta al derecho al desempeño de trabajo o empleo, ha de ser objeto de interpretación restrictiva, especialmente cuando la incompatibilidad material se salva con el deber del afectado de optar libremente entre ambas plazas o puestos sin necesidad de imponer la medida más amplia y desproporcionada de imponer la renuncia irreversible a la plaza obtenida.

El derecho a conservar la plaza obtenida por procedimiento de movilidad determinante de acceso a la misma está vinculado al derecho de acceso y permanencia en los cargos públicos como afirmó el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1983, razonando que "el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho de permanencia en los mismos, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido" (en idéntico sentido las SSTC 75/983 y 80/1994), habiendo precisado el mismo Tribunal en la sentencia 60/1982 que "cabe inferir del art. 23.2 de la CE que, si todos los ciudadanos tienen el derecho de acceder a cualquier cargo público, también tienen el derecho de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que, no estando prohibida está permitida", de manera que bajo dicho criterio, podemos afirmar que el titular del derecho de renuncia es el funcionario pero no la Administración, que ni puede imponerla ni mucho menos coaccionarla.

El derecho subjetivo del recurrente a optar por una u otra plaza deriva del artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades, normativa legal que, como queda dicho, **tiene carácter básico**, y como tal no admitiría medida en contrario por ninguna otra disposición estatal o autonómica, al no haberse establecido excepción o condicionante al ejercicio de este derecho de opción.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades debe efectuarse la opción dentro del plazo de toma de posesión, de manera que la Administración a cuyo cuerpo, escala o categoría ingresa, deberá facilitársela pues el procedimiento de ingreso o de adquisición de la condición de funcionario de carrera se ultima por imperativo del apartado d) del artículo 62 del EBEP con la "Toma de posesión dentro del plazo que se establezca", diligencia de toma de posesión que se reduce a la mera constancia ritual y formal en los casos de opción por la plaza o puesto de origen, pese que resulta obligada para la Administración respecto del aspirante aprobado pues caso contrario perdería su condición de funcionario de esta última Administración, condición obtenida por procedimiento objetivo de concurrencia para el acceso a la plaza.

CUARTO.- De la aplicación al caso enjuiciado

Trasladando los anteriores razonamientos al supuesto analizado, se alcanza la conclusión de que, resultando plenamente incompatible el desempeño simultáneo de servicios como policía local en los Concellos de y , el demandante tenía derecho a optar por



uno u otro; ese derecho lo ejerció cuando presentó escrito el 26 de septiembre de 2022 (dentro del plazo de toma de posesión) ante el Concello de Vigo en que comunicaba su opción por continuar en el servicio activo como de.

Con base en ese conocimiento, el Concello de Vigo tendría que haberle declarado en situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público; era la Administración competente para ello (no el Concello de), dado que la plaza sacada a concurso en la Oferta de Empleo Público era suya, así como en su ámbito competencial se desempeña el puesto de trabajo anudado a dicha plaza.

Así pues, ante la constancia de la opción manifestada por el demandante solo cabría, obligadamente, por el Ayuntamiento demandado acceder a dicha pretensión dado que estaba vinculado legalmente por lo dispuesto en el artículo 10 ya citado.

Ni siquiera era precisa la toma de posesión, lo cual no entraña renuncia.

Así lo señala la indicada sentencia del TSJ Galicia de 17.7.2019: el único supuesto en que la ausencia de toma de posesión no comporta la pérdida del derecho a la plaza en el sector público viene dado por el caso de quien, ostentando la condición de funcionario en activo, al obtener nueva plaza, asimismo en el sector público, por superar el procedimiento selectivo, opta dentro del plazo de toma de posesión por la plaza originaria, decisión que le coloca en situación de excedencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en congruencia con el artículo 7.1.a) del Decreto 92/1991 y el art. 174.1.a) de la Ley 2/2015.

La administración municipal a la hora de resolver la cuestión ha tomado como base el contenido de la sentencia dictada por el juzgado de lo Contencioso administrativo número 2 de esta ciudad el 1 de septiembre de 2011 (que posteriormente fue confirmada en apelación). Sin embargo, lo cierto es que en esa resolución judicial no se aborda el análisis e interpretación del artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades por la sencilla razón de que el demandante en aquel proceso no había llegado a tomar posesión de la plaza de funcionario municipal ni había expresado su intención de optar entre dos servicios públicos distintos (que eran el de estatutario del Sergas y el de médico en el centro Cedro adscrito al Concello de Vigo).

Además en esa sentencia ya se escribe que aunque la demanda y la contestación se extendían sobre la cuestión de la no formalización de la toma de posesión y el consiguiente decaimiento del derecho a realizarla y a adquirir la condición de funcionario municipal, en realidad el planteamiento de la reclamación de responsabilidad patrimonial que en ese pleito se ventilaba se refería también a otro tipo de perjuicios que seguidamente pasó a abordar la sentencia. Como consecuencia de lo explicitado, procede acoger la demanda declarando contraria a derecho la auténtica resolución recurrida que es la dictada el 8 de noviembre de 2022, toda vez que el demandante tendría que haber sido declarado, a su instancia, en situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público con fecha 26 de septiembre de 2022, sin necesidad de toma de posesión.



Por tanto, procede también la anulación de los actos posteriores; específicamente, la tramitación del expediente conducente a la declaración del demandante en situación de cesante y decaído en su derecho a ser nombrado funcionario de carrera, toda vez que, como ya se ha explicado, no era necesaria la formalización de toma de posesión habida cuenta de la opción comunicada dentro de plazo. De otro lado, es evidente que los informes no resultan susceptibles de impugnación, a tenor de lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de la Jurisdicción, a cuyo tenor el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que ponga fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Desde luego, tales informes ni ponían fin a la vía administrativa ni se configuraban como actos de trámite cualificados. Lo mismo cabe expresar con relación a la concesión de trámite de audiencia. En cualquier caso, se trata de una cuestión muy menor con relación a la sustancia del pleito.

QUINTO.- De las costas procesales

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139 LJCA, ha de regir el criterio objetivo del vencimiento, por lo que las causadas a la parte demandante se imponen a la Administración demandada, si bien se moderan prudencialmente los honorarios de Letrado en la suma de trescientos euros (más impuestos). Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando como estimo sustancialmente la demanda interpuesta por D. frente al CONCELLO DE VIGO en el Procedimiento Abreviado nº /2023, contra la resolución dictada el 8 de noviembre de 2022, y contra la resolución de 27/09/2022, las declaro contrarias al ordenamiento jurídico, por lo que las anulo y dejo sin efecto, así como los actos administrativos que traigan causa de ellas; decaído en su derecho a ser nombrado funcionario de carrera.

Como situación jurídica individualizada, declaro el derecho del demandante a ser declarado, a su instancia, en situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público con fecha de efectos del 26 de septiembre de 2022. Condono a la Administración demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a materializarlas en el plazo de un mes, contado a partir de la firmeza de esta sentencia.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas a la actora, hasta la cifra máxima de trescientos euros (más impuestos).

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que (dada su cuantía indeterminada) no es firme y que contra la misma



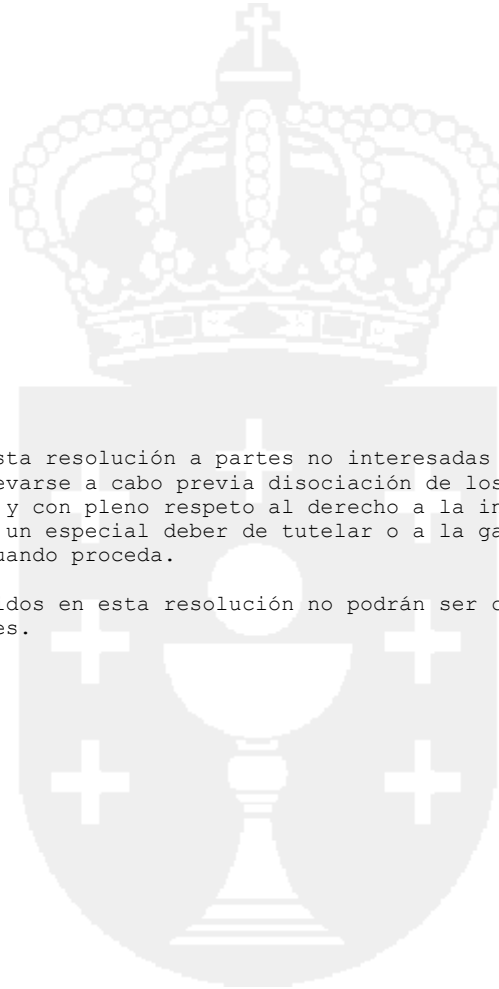
cabe interponer Recurso de apelación en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, del que conocería la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y para cuya admisión deberá el apelante consignar la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración).



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.