



## ASUNTO: PERSONAL/ SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Funcionario en excedencia voluntaria por interés particular que pretende irse en Comisión Servicios

210/15

A

\*\*\*\*\*

### INFORME

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Se solicita informe en relación a funcionario en la situación de excedencia voluntaria por interés particular desde enero 2012 que pretende irse en comisión de servicios a otro Ayuntamiento.

#### II. LEGISLACION APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).
- Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (LPGE 2015).
- Decreto Legislativo 1/1990 Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura (D.Leg1/1990).
- Real Decreto Legislativo 781/1986 Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL).
- Decreto 43/1996 Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (Decreto 43/96).
- Real Decreto 364/1995 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 (R.D. 364/95)

—Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.(R.D. 365/95)

\*\*\*\*\*

### **III. FONDO DEL ASUNTO.**

#### **PREVIA.-**

En cualquier ayuntamiento y en relación a sus RRHH, el ejercicio de las potestades de planificación y autoorganización (artículos 4 Ley 7/85 y 69 EBEP) conlleva, entre otras cuestiones, la eficacia, la gestión, así como la optimización de los mismos. Para conseguir lo anterior, cualquier administración local debe tener como estructura la siguiente secuencia: presupuesto, plantilla -con dotación presupuestaria-, relación de puestos de trabajo, y como colofón de todo ello, los instrumentos de normas paccionadas, esto es, convenio colectivo para el personal laboral y acuerdo marco para funcionario.

#### **PRIMERO.-**

La cuestión estriba en saber si el funcionario que disfruta una excedencia voluntaria por interés particular (desde enero 2012) puede irse en comisión de servicios a otro ayuntamiento, teniendo en cuenta además que el puesto que ocupaba antes de la excedencia, actualmente está siendo desempeñado, a su vez en comisión de servicio, por otro funcionario de otro ayuntamiento.

Conviene tener en cuenta la legislación y normativa aplicable a los funcionarios de carrera de la administración local:

Como legislación básica, el artículo 3 del EBEP dispone que *“el personal funcionario de las EELL se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”*.



Asimismo, el artículo 142.2 TRRL sobre situaciones administrativas de los funcionarios locales señala que: *"Dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local."*

El capítulo V del título I del Decreto 43/96 regula la Provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de la Junta en otras Administraciones Públicas; su artículo 32 establece las comisiones de servicios:

*"A petición de los órganos competentes de cualquiera de las Administraciones Públicas, el Director General de la Función Pública, previo informe favorable de las Consejerías afectadas, podrá autorizar el traslado provisional a otra Administración, en comisión de servicio de carácter voluntario, de los funcionarios que presten servicio en la Administración de esta Comunidad Autónoma, por un período de seis meses prorrogables hasta un máximo de dos años"*

Teniendo en cuenta la remisión del TRRL antes citada, el supuesto sería trasladable con las adaptaciones oportunas (*"mutatis mutandis"*) a los funcionarios locales de los ayuntamientos; así sería necesario la petición del Ayuntamiento donde figura el puesto de trabajo vacante al que pretende marcharse el funcionario mediante comisión de servicios; el Alcalde donde presta servicios lo autorizaría, con el informe correspondiente (del secretario), previa petición del Ayuntamiento consultante.

Para pretender lo anterior, el funcionario en excedencia por interés particular debiera incorporarse al servicio activo, pues es en esa situación administrativa desde donde debe solicitar la comisión de servicios.

Recordemos que el artículo 38 del Decreto Legislativo 1/1990 TRLFPEX señala que *"La situación de servicio activo corresponde al funcionario que desempeñe un puesto de trabajo, así como al que se encuentre en los supuestos de disponibilidad, comisión de servicio, licencia, permiso o servicio que suponga reserva de puesto de trabajo."*



## SEGUNDO.-

En cuanto al reingreso al servicio activo desde la excedencia que disfruta el funcionario (voluntaria por interés particular,) significar que la misma no conlleva reserva de puesto de trabajo. Así el artículo 46 del Decreto Legislativo 1/90 señala que 1. *“El reingreso al servicio activo, cuando no correspondiera reserva de puesto de trabajo, se efectuará mediante la participación del funcionario en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, solicitando aquellos puestos para los que se cumplan los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo, o a través de la adscripción con carácter provisional a un puesto vacante de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente.”* Por tanto esas son las opciones que en cualquier caso suponen que exista una vacante: concurso (que es el sistema normal de provisión) o adscripción provisional.

Pero el caso que nos trae además cuenta con una particularidad: el puesto de trabajo está vacante y ocupado temporalmente (más bien provisionalmente) en comisión de servicio por otro funcionario de otro Ayuntamiento.

Por ello cabe preguntarse si la solicitud de reingreso al servicio activo del funcionario excedente produce el “efecto dominó”, provocando automáticamente a su vez el cese del funcionario en comisión de servicios, o en cambio, mantiene a éste en su puesto, no pudiendo el funcionario excedente reingresar hasta que se produzca otra vacante.

En apoyo a la primera postura pudieran mantenerse los siguientes argumentos:

a) El funcionario excedente desea reingresar a su administración matriz o de origen, donde es funcionario de carrera, tiene su plaza y ha desempeñado un puesto de trabajo concreto durante X años, reuniendo los requisitos del mismo, experiencia, etc.



b) La comisión de servicio, como dice el artículo 38.2 Decreto Leg. 1/90: *"Se justificará, exclusivamente, por necesidades del servicio, razones técnicas que exijan la colaboración de personas con especiales condiciones profesionales o cuando un puesto de trabajo sea de urgente provisión, y mientras tales circunstancias persistan."*

Por tanto la comisión de servicio, teniendo un máximo de duración, la Administración no tiene por qué agotarlo y cuyo fin se produce (en el presente caso) desde que el funcionario excedente se reincorpora al servicio activo (previa solicitud de reingreso) pues dejan de darse los condicionantes para su concesión, referidas en el párrafo anterior.

También al hijo de lo anterior, *"la comisión de servicios tendrá siempre carácter provisional como máximo hasta que el puesto se provea con carácter definitivo, no pudiendo exceder, en cualquier caso, de dos años"* (Art. 28.1 parr. 1º Decreto 43/96).

*Sensu contrario*, el cese del funcionario comisionado puede conllevar que el puesto de trabajo se provea no definitivamente por el funcionario excedente, sino mediante adscripción provisional. Esta temporalidad en la provisión entiende el que suscribe que tiene preferencia sobre la de la comisión.

c) La comisión de servicio se puede revocar en cualquier momento (último inciso, 2º párrafo artículo 28.1 Decreto 43/96). A su vez el funcionario en comisión de servicio cuando cesa, sí tiene reserva de su puesto de trabajo de origen (artículo 28.5 Decreto 43/96).

d) Conviene sopesar que estamos en un Ayuntamiento pequeño, cuya plantilla de funcionarios es muy reducida y lo que supondría la espera a una nueva vacante (definitiva o provisional) para que el funcionario de carrera que está en excedencia pueda reingresar al servicio activo. De ahí que bajo las potestades discrecionales de planificación y autoorganización de los Recursos Humanos, el Ayuntamiento tenga que decidir, visto todo lo manifestado en las letras anteriores y *"teniendo en cuenta las peculiaridades del régimen local."*, expresión con la que termina el régimen jurídico aplicable a las situaciones administrativas de los funcionarios locales del artículo 142.2 TRRL descrito en el punto primero del presente informe.



Hubiera sido más procedente que el puesto de trabajo que quedó vacante el funcionario excedente se hubiera cubierto mediante el nombramiento de funcionario interino, previo proceso selectivo ágil.

TERCERO.-

No obstante lo anterior, también puede mantenerse la otra posición, es decir, el funcionario en comisión de servicios tiene preferencia para seguir desempeñando ese puesto, sobre el funcionario excedente por interés particular que solicita el reingreso, reingreso que no se produciría hasta que no hubiera otra vacante.

Así en las páginas 175-176 del libro de Juan Lorenzo de Menbiela: "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos" se señala lo siguiente en relación a un dictamen del Consejo Superior de Personal del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas:

*"Consideración como vacante de un puesto de en comisión de servicios a efecto de su cobertura por un funcionario que, procedente de la situación de excedencia voluntaria prevista en el Art. 29.3 de la Ley 30/1984, solicita el reingreso al servicio activo.*

*El dictamen en atención de consulta de 5 de agosto de 1991 aclara que si bien el puesto cubierto en comisión de servicios se halla vacante por carecer de titular, ello no confiere derecho de adjudicación por la mera solicitud de reingreso al servicio activo, no procediendo la adscripción provisional a un puesto ya cubierto provisionalmente."*

Por las siguientes razones:

- a) El reingreso se producirá en todo caso con ocasión de puesto vacante con dotación presupuestaria.
- b) La forma en que dicho reingreso ha de efectuarse. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo por el sistema de concurso y de libre designación o a través de la adscripción con carácter provisional de un puesto vacante dotado presupuestariamente.
- c) Si un puesto vacante se encuentra cubierto provisionalmente, por razones de urgencia, con un funcionario en comisión de servicios, carecería de lógica la sustitución del funcionario referido por otro en



las mismas condiciones de provisionalidad, sólo por el hecho de que este último lo solicite, siendo así que es la Administración a quien corresponde determinar, en uso de la potestad de autoorganización que tiene atribuida, qué puestos de trabajo son de más urgente provisión en atención a los efectivos con los que cuenta y las necesidades de los servicios.

#### CUARTO.-

Otra cuestión a tratar es que el funcionario incorporado el servicio activo, quiere acto seguido (automáticamente) irse en comisión de servicios a un puesto de trabajo cuyo titular está en incapacidad temporal al parecer de larga duración, con posibilidad incluso (según nos manifiestan desde el Ayuntamiento consultante) que no se incorpore jamás

Significar por un lado que la Incapacidad Temporal (IT) de los funcionarios es una situación de servicio activo a todos los efectos, asimilable a la llamada licencia por enfermedad que contempla, por un lado el artículo 38 D. Leg. 1/1990: "1. *La situación de servicio activo corresponde al funcionario que desempeñe un puesto de trabajo, así como al que se encuentre en los supuestos de disponibilidad, comisión de servicio, licencia, permiso o servicio que suponga reserva de puesto de trabajo*"; por otro, el artículo 51.3 del anterior señala que: "Se determinará reglamentariamente las licencias que correspondan por razón de enfermedad que impidan el desarrollo normal de las funciones públicas, de acuerdo con el régimen de previsión social al que el funcionario esté acogido"; siendo de aplicación en ambos casos en base a la remisión que hace el artículo 140 TRRL.

El funcionario en IT (al igual que cuando se le nombra para cargo público o liberado sindical) tiene derecho de reserva de puesto de trabajo cuando se incorpore. Pero mientras tanto y en previsión a una prolongada duración, se podría proveer su puesto de trabajo mediante comisión de servicios. No obstante (al igual que en la excedencia anterior y la vacante que queda) sería más procedente hacer un nombramiento de funcionario interino bajo la modalidad de la letra b) del artículo 10.1 del EBEP: La sustitución transitoria de los titulares, es decir, hasta que se incorpore su titular. Si la incapacidad



temporal derivarse en permanente, total o absoluta con posterior jubilación del funcionario o cualquier otro hecho causante que impidiera la actividad del funcionario en IT, estaríamos entonces en la letra a) de dicho artículo: La existencia de plazas vacantes cuando no fuera posible su cobertura por funcionarios de carrera. (Nota: para las interinidades de funcionarios habrá que tener en cuenta las previsiones de la actual LPGE para 2015 y la de 2016).

Además cuestión importante, no debemos olvidar que lo pretendido por el funcionario excedente, esto es, incorporarse al servicio activo a la administración de la que es funcionario de carrera, produciendo el cese del otro funcionario en comisión de servicio, para (sin solución de continuidad) irse en comisión a otro Ayuntamiento, pudiera suponer por un lado, un abuso de derecho, al que alude el artículo 7.2 del Código Civil: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”*; por otro pudiera darse un fraude de ley al que alude el artículo 6.4 de dicho texto legal (*“los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley”*). Es la *“circunvatio legis”*, intentar por otro camino al que ofrece la ley, un fin distinto.

## **CONCLUSIÓN**

El funcionario en excedencia voluntaria por interés particular que pretende irse en comisión de servicios a otro Ayuntamiento debe incorporarse al servicio activo en el Ayuntamiento del que es funcionario de carrera; para irse en comisión de servicios a otro Ayuntamiento, se deberán cumplir los requisitos señalados.

Sobre la preferencia para ocupar el puesto de trabajo provisionalmente (funcionario excedente mediante adscripción provisional- funcionario en comisión de servicios) pueden mantenerse las dos posturas.

Posibilidad de existencia de un abuso de derecho en la pretensión del funcionario excedente de reingresar e irse acto seguido a otro Ayuntamiento en comisión de servicio.





Hubiera sido más procedente que las dos provisiones de puestos de trabajo en ambos ayuntamientos se cubrieran mediante interinidades en vez de comisiones de servicios