



Resolución 2018R-1153-17 del Ararteko, de 8 febrero de 2018, por la que se recomienda al Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno que revise la adscripción provisional de una funcionaria.

Antecedentes

1. El Ararteko recibió una queja de una funcionaria al servicio de la Administración general de la CAPV con motivo de la resolución adoptada por el director de Servicios del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, por la que se revocaba la comisión de servicios que le había sido concedida con anterioridad para la provisión de un concreto puesto de trabajo, debido a la adscripción provisional efectuada en favor de una segunda funcionaria.
2. Con carácter previo a la interposición de la queja, la funcionaria había formulado el oportuno recurso de alzada para oponerse a la referida resolución. Por ello, tras acordar la admisión a trámite de la queja, el Ararteko solicitó la colaboración del consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno con el fin de conocer el tratamiento motivado que se pretendía dar al recurso de la interesada.
3. El consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno atendió el requerimiento de colaboración del Ararteko con la remisión de una contestación en la que únicamente se daba cuenta de la desestimación del recurso de la interesada, pero sin hacer indicación de la fundamentación empleada al efecto en el modo que había sido solicitado por esta institución. No obstante, estando pendientes de recibir la respuesta del consejero, la propia interesada hizo llegar a la institución una copia de la Resolución del viceconsejero de Función Pública por la que se había desestimado el recurso de alzada por ella formulado. De esta manera, la copia facilitada por la interesada permitió a este Ararteko realizar un primer análisis del caso.
4. A resultas de este análisis o estudio preliminar y a reserva de las posibles observaciones que se pudieran plantear en el curso de la tramitación del expediente, esta institución entendió que la queja planteada no estaba exenta de fundamento. Por un lado, porque coincidiendo con lo manifestado por la interesada, se consideró que la funcionaria objeto de adscripción no acreditaba uno de los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, concretamente el relativo al perfil lingüístico asignado a la plaza (PL4). Por otro lado, porque, tras sopesar el posible alcance de los defectos de tramitación denunciados por la interesada en su queja, se apreció la necesidad de una mayor motivación con respecto a las alegaciones formuladas por la interesada en torno a los argumentos empleados para justificar la adscripción realizada.





5. Desde la institución se dio traslado de este análisis preliminar al consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno invitándole a formular cuantas observaciones y/o matizaciones estimase necesarias.
6. Tras un obligado requerimiento, finalmente, el consejero atendió el ofrecimiento realizado con la remisión de un informe al que, para evitar reiteraciones innecesarias, haremos referencia en las consideraciones que siguen.

Consideraciones

1. La adscripción provisional es una forma de provisión de puestos derivada de la necesidad de reubicar a los funcionarios que hayan perdido su vinculación con su anterior puesto de trabajo debido a los diferentes supuestos previstos en el artículo 51.1 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de Función Pública Vasca: supresión de puesto obtenido en concurso o libre designación, remoción por alteración sobrevenida del contenido del puesto obtenido por concurso, cese en puesto de libre designación, remoción por falta de capacidad para el desempeño del puesto obtenido por concurso, renuncia al puesto aceptada por el órgano que efectuó el nombramiento y, por último, reingreso al servicio activo.

En tales casos, según previene el artículo 54.2 del Decreto 190/2004, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de las Administraciones Públicas Vascas, se ha de proceder a adscribir al funcionario afectado a un puesto propio de su cuerpo o escala que se determinará de acuerdo con criterios objetivos que conjuguen la gestión eficiente de los recursos humanos y los principios de mérito y capacidad y se establezcan en la normativa de desarrollo.

En el ámbito de la CAPV, esta normativa de desarrollo es la Orden de 28 de junio de 2011, por la que se regula el procedimiento para la adscripción provisional del personal funcionario de carrera de la administración general y sus organismos autónomos.

De manera resumida, a los efectos de la queja que nos ocupa, cabe destacar que en esta Orden se insiste una vez más, como criterio general, en que la adscripción se ha de realizar a un puesto propio del cuerpo y escala, cuyo sistema de provisión sea el concurso y para el que se cumplan los requisitos exigidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo. Por otra parte, se establecen los criterios a seguir para la determinación de los puestos susceptibles de ser considerados para realizar o llevar a cabo las adscripciones



y, ya por último, en los casos en los que los funcionarios a adscribir tengan consolidado un grado superior al nivel 25, se establece la necesidad de un informe de la Dirección de Función Pública en el que se habrá de analizar la experiencia de la persona a adscribir, con indicación de los puestos que se ajusten a dicha experiencia.

2. Bien, tal y como se ha adelantado en los antecedentes de esta resolución, uno de los motivos que llevaron a esta institución a considerar que la queja presentada no estaba exenta de fundamento fue el referido a la imposibilidad de que la funcionaria objeto adscripción pudiera quedar adscrita a un puesto cuyo desempeño requería un requisito que ella no acreditaba, concretamente el relativo al perfil lingüístico asignado a la plaza (PL4).
3. A este respecto, en la resolución desestimatoria del recurso de alzada que había sido formulado previamente por la interesada promotora de la queja se venía a defender la plena aplicación al caso de la previsión contenida en el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

“De conformidad con lo establecido en el Artículo 97.4 de la Ley 6/1989, de la Función Pública Vasca, en los procesos de selección y provisión de puestos de trabajo con Perfil Lingüístico 4 preceptivo, caso de no acreditarse éste por ninguno de los aspirantes se aplicará a dicho puesto el Perfil Lingüístico 3 a los únicos efectos de cobertura en tal convocatoria”.

Según se argumentaba, el hecho de que la Orden de 28 de junio de 2011, por la que se regula el procedimiento para la adscripción provisional del personal funcionario de carrera de la administración general y sus organismos autónomos, no haga mención expresa a esta regla de carácter general no significa que no sea aplicable.

4. Antes de continuar, es conveniente aclarar que ciertamente la interesada, sobre todo en las alegaciones presentadas tras la vista del expediente, cuestionó la procedencia de la ordenación aprobada en relación con posibles dispensas a la necesidad de acreditar perfiles lingüísticos con preceptividad vencida (concretamente el PL4), apoyándose en que la Ley de Función Pública Vasca parece limitar las posibilidades de reconocimiento de exención únicamente a los titulares de los puestos afectados y apuntó incluso la posibilidad de promover un recurso indirecto en relación con dicha ordenación, esto es, en relación con el Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sin embargo, no ha sido ésta la orientación que el Ararteko ha querido dar a su intervención.

5. Además de lo anterior, la interesada siempre ha cuestionado la posibilidad de aplicar al caso la dispensa prevista en el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, debido a la claridad de los términos de la regulación aprobada. Según su razonamiento, dicha regulación exige, en todo caso, como presupuesto o antecedente ineludible, la previa celebración de un procedimiento de selección o provisión que asegure la potencial concurrencia de aquellos aspirantes que puedan estar interesados en ocupar puestos de trabajo con PL4 de preceptividad vencida, aun a pesar de no contar con dicho perfil.

Conforme ha venido argumentando, esta circunstancia no se da en un procedimiento de adscripción provisional donde no se produce una concurrencia abierta para la provisión de unos concretos puestos de trabajo sino que, por el contrario, de lo que se trata es de adscribir a un concreto funcionario a un puesto de trabajo para el que cumpla los requisitos exigidos, que se ajuste y sea acorde con su experiencia profesional y que esté disponible por encontrarse vacante o por estar ocupado por un funcionario frente al cual cabe oponer un mejor derecho.

De esta manera lo que la interesada ha venido a defender es que la facultad que el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, reconoce a las administraciones públicas vascas para proveer puestos de trabajo con PL4 vencido mediante funcionarios que únicamente acrediten el PL3 es una facultad reglada que no admite ningún margen de apreciación con respecto a los supuestos de hecho en los que puede ser de aplicación, y éste ha sido precisamente el enfoque que esta institución ha querido hacer primar en su intervención.

6. Preguntado por este concreto extremo, en la respuesta facilitada a esta institución, el consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno se ha limitado a insistir una vez más en que:

“El procedimiento de provisión objeto de controversia es un procedimiento de provisión de puestos de trabajo, al que se aplica la normativa referente a la normalización lingüística de esta Administración, en concreto el Decreto 86/1997, de 15 de abril, y lo dispuesto en el art 97.4 de la Ley 6/1989, de la Función Pública Vasca. De conformidad con las citadas disposiciones legales los procesos de selección y provisión de puestos con Perfil Lingüístico 4 preceptivo, en caso de no acreditarse éste por ninguno de los aspirantes, se aplica a dicho puesto el Perfil Lingüístico 3, si bien a los únicos efectos de cobertura en tal convocatoria.”



Esta regulación se aplica, en esta Administración, en todos los procesos de selección y provisión, tanto provisionales como definitivos, teniendo en cuenta su sentido lógico y la obligación de considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico”.

7. Esta institución puede comprender y participar de esta última reflexión -la obligación de considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico- si con ello se quiere llamar la atención sobre la posibilidad de hacer extensiva la facultad prevista en el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, a todos los procesos de selección y provisión, también los de carácter temporal. De hecho, la normativa aprobada para la provisión en comisión de servicios de puestos de trabajo incluye ya una previsión en este mismo sentido (artículo 4.3 de la Orden de 30 de mayo de 2006, de la consejera de Hacienda y Administración Pública). Es más, como se ha hecho notar en el curso de la intervención el Ararteko comprendería, en cierta medida, que se plantease una suerte de aplicación analógica de la posibilidad prevista en el Decreto 86/1997, de 15 de abril, cuando, al procederse a la adscripción de funcionarios cesados, sólo mediasen plazas sin ocupante con PL4 vencido y fuera necesaria su provisión inmediata.

8. Ahora bien, lo que a juicio de esta institución no cabe es que con esa expresión se quiera eludir o evitar un principio básico y esencial de nuestro ordenamiento jurídico administrativo como es el principio de legalidad, que ha sido expresamente recogido en el artículo 103.1 de la CE y que, como es sabido, está regido a su vez por un principio de vinculación positiva que hace que toda actuación administrativa deba contar con la necesaria cobertura jurídica sin que se puedan hacer valer argumentos como los esgrimidos en la resolución desestimatoria del recurso de alzada formulado por la interesada, cuando se afirma que el hecho de que la Orden de 28 de junio de 2011, que regula el procedimiento para la adscripción provisional, no haga mención expresa a esta regla de carácter general no significa que no la aplique.

En opinión de esta institución, esta Orden de 28 de junio de 2011 no es que guarde silencio, es que de ningún modo hubiera podido incluir una previsión semejante, so pena de resultar disconforme a derecho, puesto que, como bien sostiene la interesada promotora de la queja, la facultad prevista en el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, está absolutamente reglada y solo cabe en los casos en los que, habiéndose asegurado una potencial concurrencia entre aspirantes, tanto se trate de procesos de selección y provisión definitivos como temporales, ninguno de ellos acredite el perfil lingüístico 4 exigido para el desempeño del puesto, circunstancia ésta que obviamente no se da cuando se trata de decidir la adscripción de funcionarios.





En estos casos, la adscripción únicamente puede plantearse, tal y como ya se ha señalado líneas atrás, con respecto a aquellos puestos de trabajo para los que cumplan los requisitos exigidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo.

Por ello, a nuestro modo de ver, a diferencia de lo sostenido por el viceconsejero de Función Pública en la resolución desestimatoria del recurso formulado por la interesada, tampoco la decisión adoptada por el director de Servicios del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno en este concreto caso ha contado con la necesaria cobertura jurídica.

9. De cualquier modo, como también se ha adelantado en los antecedentes de esta resolución, éste no fue el único motivo que hizo que esta institución apreciase el posible fundamento de la queja de la interesada.

Al interponer su queja, la interesada quiso poner de relieve una serie de defectos en la tramitación del procedimiento, en especial la incongruencia omisiva que afectaría a la primera resolución por la que se acordó la adscripción provisional de la segunda funcionaria también afectada por la queja. Debido a tales defectos la reclamante consideraba que dicho procedimiento estaba viciado de nulidad, no solo por la situación de indefensión que se le había generado sino también por la posible existencia de una desviación de poder.

En el estudio preliminar que se hizo del caso, una vez que la propia interesada facilitó a la institución la copia de la resolución desestimatoria de su recurso de alzada, el Ararteko estuvo de acuerdo con lo expresado por el viceconsejero de Función Pública, en el sentido de que la jurisprudencia no suele apreciar que se haya producido indefensión cuando los interesados, pese al incumplimiento de ciertas formalidades, han podido hacer valer sus intereses planteando las correspondientes alegaciones o interponiendo las reclamaciones y recursos procedentes, tal y como había ocurrido en el caso de la promotora de la queja.

Sin embargo, quiso llamar la atención sobre la necesidad de reparar en que ello no hacía desaparecer la exigencia de motivación que era lo que en definitiva reclamaba la interesada cuando en su recurso de alzada insistía en la existencia de una incongruencia omisiva debido a la falta de consideración de las alegaciones formuladas en torno a los argumentos empleados para justificar la adscripción objeto de esta queja. En consecuencia con ello, la institución mostró su preocupación en la medida en que la simple remisión al informe técnico realizado por el Servicio de Recursos Humanos de la Dirección de Función Pública pudiera resultar insuficiente.





10. En la contestación remitida por el consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno en respuesta a las reflexiones apuntadas en este estudio o análisis preliminar se ha querido subrayar la condición de órgano experto en técnicas de selección del Servicio de Recursos Humanos de la Dirección de Función Pública, así como el cabal cumplimiento del procedimiento establecido, también en lo relativo a la exigencia de motivación. A este respecto, se ha querido señalar la posibilidad admitida de una motivación *in aliunde* que, en definitiva, sería la contenida en el informe técnico del Servicio de Recursos Humanos.
11. Llegados a este punto, esta institución considera conveniente señalar que en ningún momento ha sido su intención tachar la actuación administrativa que ha dado lugar a la queja como si ésta hubiera estado desprovista de toda motivación. Esta institución es plenamente consciente de la trascendencia que a estos efectos se debe reconocer a informes como los elaborados por el Servicio de Recursos Humanos de la Dirección de Función Pública.

Ahora bien, lo que, en opinión de esta institución, tampoco cabe ignorar es el hecho de que la interesada promotora de la queja, en el curso del procedimiento que se ha seguido hasta tanto se ha dictado la resolución de adscripción, ha planteado una serie de alegaciones, primero con anterioridad al dictado de la resolución como tal, y más adelante, con ocasión del recurso formulado para oponerse a ella, que, como decíamos en nuestro análisis preliminar, al no haber sido objeto de especial consideración, hayan hecho que la interesada haya reprochado a las decisiones o resoluciones adoptadas de incurrir en una incongruencia omisiva.

El repaso de la documentación obrante en el expediente, permite comprobar que uno de los argumentos que han sido utilizados para desestimar el recurso formulado por la interesada ha sido el de entender que el análisis de la candidatura de la funcionaria objeto de adscripción es un juicio técnico que corresponde realizar al Servicio de Recursos Humanos sin que éste pueda ser sustituido por las subjetivas apreciaciones y opiniones de la recurrente.

Sin embargo, a juicio de esta institución, la sola lectura de los motivos esgrimidos por la interesada a la hora de formular sus alegaciones no parece que puedan ser tenidos como simples apreciaciones u opiniones divergentes dentro del margen de libre apreciación siempre inherente al ejercicio de facultades discrecionales.

Es el caso, por ejemplo, de la repetida protesta expresada por la interesada con respecto a la posible falta de observancia del principio de subsidiariedad a la hora de seleccionar las plazas susceptibles de adscripción. Se trata de una





cuestión que no ha sido abordada en ningún momento pese a tratarse de una cuestión que difícilmente puede tenerse como opinable.

Además, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos que el juicio técnico que corresponde realizar al Servicio de Recursos Humanos es resultado del ejercicio de una suerte de discrecionalidad técnica (si bien se trata de un cometido -el de determinar el puesto de trabajo que mejor se ajusta a la experiencia y a las destrezas del funcionario a adscribir- en la que, en opinión de esta institución, la discrecionalidad no debería tener cabida) se ha de tener presente que ello no evita ni hace desaparecer la necesidad de explicar y dar cuenta de las razones y criterios que puedan avalar dicho juicio técnico, máxime cuando dicho juicio haya sido objeto de impugnación con una carga argumental tal como la empleada por la interesada a la hora de formular su recurso, todo ello en conformidad con la importante jurisprudencia que ha venido a precisar los límites de la discrecionalidad técnica.

12. De todos modos y aun cuando se trata de aspectos, éstos últimos, que, como se ha tratado de poner en evidencia a lo largo de la tramitación del expediente, pueden comprometer y poner en riesgo la corrección del proceso seguido, en el caso que nos ocupa, lo cierto es que, a juicio de esta institución, lo realmente determinante a la hora de enjuiciar la corrección de la adscripción cuestionada en la presente queja es la imposibilidad de hacer extensiva la facultad prevista en el artículo 43.2 del Decreto 86/1997, de 15 de abril, por las razones comentadas en los apartados 7 y 8 *ut supra*.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente:

RECOMENDACIÓN

Que revise la adscripción provisional objeto de la queja conforme a los parámetros señalados en esta recomendación.

