

**Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección
4ª, Sentencia 1374/2020 de 21 Oct. 2020, Rec. 4300/2018**

Ponente: Toledano Cantero, Rafael.

Nº de Sentencia: 1374/2020

Nº de Recurso: 4300/2018

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: *ES:TS:2020:3399*

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.374/2020

Fecha de sentencia: 21/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4300/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4300/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1374/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el *recurso de casación* núm. 4300/2018, promovido por don Gaspar, representado por la procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Saura Vicente, bajo la dirección letrada de don José Almansa Pérez, *contra la sentencia núm. 211/2018, de 21 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, recaída en el recurso de apelación núm. 341/2017 (LA LEY 42703/2018)*.

Comparece como parte recurrida la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, representada y asistida por letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por don Gaspar contra la sentencia núm. 211/2018, de 21 de marzo (LA LEY 42703/2018), de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, estimatoria del recurso de apelación núm. 341/2017 (LA LEY 42703/2018) instado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia frente a la sentencia núm. 96/2017, de 28 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo 317/2016 presentado contra la orden de 30 de mayo de 2016, del Consejero de Hacienda y Administración Pública, desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a la resolución de 4 de abril de 2015 por la que se nombra a los miembros del tribunal y se aprueba la relación de aspirantes admitidos y excluidos de las pruebas selectivas para cubrir, mediante promoción interna, 10 plazas del cuerpo superior de administradores de la Administración Pública regional, convocadas por Orden de 4 de noviembre de 2015 de la Consejería de Hacienda y Administración.

SEGUNDO.- La Sala de instancia estimó el recurso de apelación con sustento en el siguiente razonamiento:

"TERCERO.- La cuestión litigiosa es de carácter netamente jurídico y se contrae a interpretar los preceptos que regulan los derechos que conserva el funcionario público que se encuentra en situación de "servicios en otras Administraciones Públicas" y en concreto, si el mismo puede participar en una convocatoria de promoción interna en su Administración de origen sin necesidad de encontrarse en activo en la misma, o por el contrario, es preciso que previamente a dicha participación haya reingresado por alguna de las vías previstas y se encuentre en situación activa.

[...]

Comparte la Sala el planteamiento de la apelante. Si bien es cierto que la amplitud y generalidad con la que está redactado el apartado tercero del artículo 88 parece dar a entender que el funcionario en situación de servicios en otra administración podrá participar en cualquier proceso que convoque su Administración de origen, no podemos perder de vista que los términos "proceso selectivo" -entre los que se incluye la promoción interna- y "convocatorias para la provisión de puestos de trabajo" no son sinónimos.

No se puede confundir la "selección" de personal y la provisión de puestos de trabajo. En tanto que la primera tiene por objeto el ingreso en la función pública o integración en un cuerpo funcional; la provisión de puestos de trabajo va dirigida a la "adscripción" de un funcionario a un puesto concreto.

Esta diferencia la podemos apreciar también en el propio Ordenamiento Jurídico, y así en el 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 LEY 16526/2015), los procesos selectivos se regulan en el Título IV, Capítulo I, artículos 55 y ss, estableciéndose en el Art. 61 que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. En cambio, la provisión de puestos de trabajo junto a la movilidad se regula en el capítulo III del Título V, encontrando su regulación central en el art. 78 del Real Decreto en el que se establece que la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública.

También la Jurisprudencia se ha hecho eco de esta distinción, y así podemos comprobar como el TS en su sentencia de 12 de marzo de 2001 (Rec. 8255/1996 (LA LEY 5789/2001)) con cita de otras anteriores, pone de manifiesto las diferencias que la Ley de Reforma de la Función Pública establece entre el sistema de selección aplicable al ingreso al servicio de la Función Pública y el tenido en cuenta para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios.

Es evidente que la promoción interna es un proceso selectivo -y así se define en el artículo 18 del TRLEBEP (LA LEY 16526/2015)- para ingreso o acceso a un cuerpo o grupo funcional determinado que se diferencia de los procesos selectivos de ingreso en la función pública, en que aquel proceso es un mecanismo de carrera profesional y va dirigido a quienes ya tienen la condición de funcionario de la administración convocante. Esta especialidad ya se toma en consideración en el artículo 61 TRLEBEP (LA LEY 16526/2015) al fijar los principios que deben regir los sistemas selectivos ("1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna. Ahora bien, aunque tenga carácter especial no deja de ser un sistema o proceso selectivo, distinto de los sistemas de provisión.

El derecho que reconoce el artículo 88 a los funcionarios en situación de servicios en otra administración es a participar en convocatorias para la provisión de puestos de trabajo no en los procesos selectivos de promoción interna que las mismas convoquen. De hecho, esa participación es una de las formas de reingreso previstas en el artículo 65.1 de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (convocatorias de concurso de méritos o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo) De admitir, como hace la sentencia apelada la posibilidad de concurrir al proceso de promoción interna se estarían eludiendo las formas de reingreso legalmente previstas.

Precisamente, para poder comprobar que el recurrente apelado cumplía los requisitos exigidos para poder participar en el proceso de promoción interna previstos en el artículo 18 de la Ley y en la base 2.2 de la convocatoria es preciso que previamente reingrese en el Servicio Activo en la Administración autonómica, pues solo entonces podrá obtener el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional en la Administración de destino (Art. 88.4).

En definitiva, la interpretación de la normativa aplicable expuesta en la sentencia apelada, es errónea ajuicio de esta Sala.

Para que El Sr. Gaspar fuera admitido en el proceso selectivo de promoción interna convocado por la Administración autonómica era preciso que el mismo hubiera reingresado previamente al servicio activo; no haciéndolo así la resolución que acuerda su exclusión es ajustada a derecho".

La procuradora del Sr. Gaspar preparó recurso de casación contra la meritada sentencia, identificando como normas legales que se consideran infringidas el artículo 88 del 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 LEY 16526/2015) (TREBEP (LA LEY 16526/2015)), así como el artículo 18 "Promoción interna de los funcionarios de carrera" y el artículo 61 "Sistemas selectivos" del citado texto legal.

La Sala del TSJ de Murcia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 6 de junio de 2018.

TERCERO.- Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, *por auto de 4 de febrero de 2019 (LA LEY 4483/2019), la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:*

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar si los funcionarios que se encuentran prestando servicios en otra Administración Pública distinta a la de origen, tienen derecho a participar por el turno de promoción interna, en los procesos selectivos convocados por su Administración de origen, sin necesidad de solicitar el reingreso en la misma.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 18 (LA LEY 16526/2015) y 88 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

CUARTO.- Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998) ["LJCA (LA LEY 2689/1998)"], la representación de don Gaspar, mediante escrito registrado el 25 de marzo de 2019, interpuso el recurso de casación en el que aduce que es la "errónea interpretación efectuada por la Sala, que contrapone el artículo 18 (y el artículo 55 y siguientes, especialmente el 61) al artículo 78 la que implica la inaplicación de este artículo 18 y la infracción del mismo. Esta distinción es esencial en la *ratio decidendi* de la Sentencia, dado que a partir de ella concluye que el artículo 88.3 no ampara el derecho a participar en el procedimiento de promoción interna a los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas, a pesar de conservar su condición de funcionario de la Administración de origen, precisamente porque se ha efectuado previamente esta distinción conceptual y terminológica, entendiendo la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que el artículo 88.3 no identifica este derecho de manera expresa y literal y, por el contrario, sí indica literalmente "*el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última* (la Administración de origen)" (pág. 6 del escrito de interposición). Para el recurrente, esta distinción no resulta antagónica ni permite "[...] concluir que esta distinción, aún en el caso de que pudiera concluirse que son instituciones jurídicas distintas que no comparten la naturaleza de "procedimiento selectivo" según la tesis de la Sala, pueda obviar que este artículo 88.3 dispone que los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas conservan su condición de funcionario de la Administración de origen, lo que implica el derecho a la promoción interna según lo previsto en el artículo 18, aunque no lo indique expresamente la redacción del artículo 88.3".

En conclusión, sostiene la parte recurrente que "[...] ha existido una errónea interpretación e inaplicación de

lo previsto en el artículo 88, apartados 3 y 4, en relación con el artículo 18.2, introduciendo un requisito adicional de previo reintegro en la Administración de origen no exigido en la legislación básica estatal, sin que pueda tampoco deducirse el mismo de ninguna interpretación de los preceptos legales aplicables" (pág. 11), por lo que solicita "[...] dicte sentencia íntegramente estimatoria y, acuerde la anulación total de la Sentencia recurrida en casación y declare:

- Que los funcionarios que se encuentran prestando servicios en otra Administración Pública distinta a la de origen, sí tienen derecho a participar por el turno de promoción interna, en los procesos selectivos convocados por su Administración de origen, sin necesidad de solicitar el reintegro en la misma.
- Fijando en tales términos la interpretación de los artículos 18 (LA LEY 16526/2015) y 88 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre y el resto de los preceptos relacionados con esta cuestión expuestos en el presente escrito, al entender esta parte que así lo exige el debate jurídico del presente recurso de casación, sin perjuicio de que así finalmente lo estime necesario o no, en su caso, la Sala a la que me dirijo según su mejor criterio.

Y resuelva:

- Anular la Orden de 30 de mayo de 2016 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que desestima el recurso de reposición interpuesto por mi mandante D. Gaspar contra la Orden de 4 de abril de 2016 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, complementaria de la Orden de 22 de febrero de 2016 de la misma Consejería, por la que se nombra a los miembros del tribunal y se aprueba la relación de aspirantes admitidos y excluidos de las pruebas selectivas para cubrir mediante promoción interna 10 plazas del cuerpo superior de administradores de la Administración Pública regional, convocadas por Orden de 4 de noviembre de 2015 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.
- Anular la citada Orden de 4 de abril de 2016 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.
- Declarar el derecho de D. Gaspar a figurar en la lista de aspirantes admitidos.
- Retrotraer el procedimiento de pruebas selectivas para cubrir mediante promoción interna 10 plazas del Cuerpo Superior de Administradores de la Administración Pública Regional, convocadas por Orden de 4 de noviembre de 2015, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública a los efectos de que D. Gaspar pueda completar los siguientes trámites del procedimiento en su condición de aspirante admitido.- Y en el caso de que como resultado del procedimiento que se siga se estime que procedía la selección de D. Gaspar, declarar su derecho a que se le reconozcan todos los efectos jurídicos de haber superado dicho proceso y haber resultado seleccionado, con todos los efectos administrativos y económicos que procedan, desde la fecha en que debió serlo en el procedimiento de pruebas selectivas anulado, siendo, en su caso, indemnizado por tales conceptos junto con sus correspondientes intereses, que se determinarán, en su caso, cuando se estableciera la indemnización correspondiente".

QUINTO.- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la letrada de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia presenta, el día 20 de mayo de 2019, escrito de oposición en el que apunta que la interpretación y aplicación por la sentencia impugnada de los arts. 18 (LA LEY 16526/2015) y 88 del TREBEP (LA LEY 16526/2015), supuestamente infringidos, se ajusta a las previsiones tanto de la legislación estatal como autonómica, señalando que "[...] la exigencia del previo reintegro lo impone el art. 88 del TREBEP (LA LEY 16526/2015) y los mecanismos o procedimientos del reintegro por la legislación de la C.A correspondiente, en la de la región de Murcia, el tan citado artículo 65 del TRLFPRM" (pág. 6 del escrito de oposición), por lo que pretende "[...] que se confirme la Sentencia impugnada en la que se ha llegado a la conclusión de que, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (pues aplica el TRLFPRM, además del TREBEP (LA LEY 16526/2015)) los funcionarios de carrera de la misma que se encuentra en servicios en otra Administración Pública no tendrá derecho a participar en las pruebas selectivas por promoción interna que ésta convoque en tanto permanezcan en la situación de servicio activo en la Administración de destino debiendo para ello, en su caso, reintegrarse a la Administración Pública de origen convocante de dicho procedimiento" (pág. 13).

Finalmente suplica a la Sala "[...] dict[e] en su día sentencia por la que se desestime el recurso de casación planteado y confirme la recurrida con expresa imposición de costas al recurrente".

SEXTO.- Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA (LA LEY 2689/1998), al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 29 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso de casación.*

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia núm. 211/2018, de 21 de marzo (LA LEY 42703/2018), dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que estimó el recurso de apelación núm. 341/2017 formulado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra la sentencia núm. 96/2017, de 28 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo 317/2016 instado frente a la orden de 30 de mayo de 2016, del Consejero de Hacienda y Administración Pública, desestimatoria del recurso de reposición presentado contra la resolución de 4 de abril de 2015, por la que se nombra a los miembros del tribunal y se aprueba la relación de aspirantes admitidos y excluidos de las pruebas selectivas para cubrir mediante promoción interna 10 plazas del cuerpo superior de administradores de la Administración Pública regional, convocadas por orden de 4 de noviembre de 2015 de la Consejería de Hacienda y Administración.

SEGUNDO.- *Antecedentes del litigio.*

El recurrente, Sr. Gaspar es funcionario de carrera perteneciente al Cuerpo de Gestión Administrativa, de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Desde la situación de servicio activo en otra Administración pública distinta, concretamente en la Universidad Politécnica de Cartagena, a la que accedió por procedimiento de provisión de puestos de trabajo, solicitó participar en las pruebas selectivas convocadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para cubrir, mediante promoción interna, 10 plazas del cuerpo superior de administradores de la Administración Pública regional, pruebas que fueron convocadas por orden de 4 de noviembre de 2015 de la Consejería de Hacienda y Administración de la Región de Murcia.

Según declara la sentencia recurrida, el actor y hoy recurrente adquirió el día 1 de abril de 2008 la condición de funcionario de carrera perteneciente al Cuerpo de Gestión Administrativa, de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Tomó posesión del puesto identificado como Recaudador Adjunto del Organismo Autónomo Agencia Regional de Recaudación. Desde dicha fecha y hasta el día 1 de abril de 2009, desempeñó en situación de comisión de servicios el puesto de Jefe de Sección de Gestión Presupuestaria y Contabilidad en la Universidad Politécnica de Cartagena. A partir de 1 de julio de 2009, lo desempeñó con carácter definitivo. Por tanto, establece la sentencia recurrida, desde el 1 de julio de 2009, el Sr. Gaspar se encontraba en situación de "servicios en otras Administraciones Públicas".

Por Orden de 4 de noviembre de 2015, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (BORM de 17 de noviembre de 2015) se convocaron las pruebas selectivas para cubrir, mediante promoción interna, 10 plazas del Cuerpo Superior de Administradores de la Administración Pública Regional (Código AGX00P-0). Mediante Orden de 22 de febrero de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (BORM de 14 de marzo de 2016) se aprobó la relación de aspirantes admitidos y excluidos, figurando el Sr. Gaspar en el Anexo II en la relación provisional de excluidos de los aspirantes por el turno de promoción interna, y fue excluido de forma definitiva por Orden de 4 de abril de 2016, donde se limita a decir que: "No reúne requisitos promoc. interna o marca 2 vías/ninguna".

Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento abreviado núm. 317/2016 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Murcia, que, en sentencia de fecha 28 de abril de 2017, estimó parcialmente el recurso. El Juzgado considera que carece de motivación la resolución administrativa y, entrando al fondo del asunto, concluye que los artículos 18 (LA LEY 16526/2015) y 88 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015) (TREBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, permiten entender que el recurrente conserva su condición de funcionario de la Administración de origen y tiene derecho a participar en las convocatorias de procesos selectivos por promoción interna, no siendo necesario reingresar primeramente mediante la adscripción provisional al puesto que se le asigne para participar en el procedimiento selectivo mediante promoción interna.

TERCERO.- *Argumentación de la sentencia recurrida.*

Contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo se interpuso recurso de apelación por la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, seguido en el recurso de apelación núm. 341/2017, en que recayó sentencia núm. 211/2018, de 21 de marzo (LA LEY 42703/2018), que estima la apelación y, con revocación de la sentencia del Juzgado, desestima el recurso contencioso-administrativo.

Sostiene la sentencia recurrida que el artículo 88 TREBEP (LA LEY 16526/2015) reconoce a los funcionarios en situación de servicio en otras Administraciones Públicas el derecho a participar en la provisión de puestos de

trabajo, y distingue entre selección de personal y provisión de puestos. En este sentido, manifiesta la Sala de instancia que "[...] el derecho que reconoce el artículo 88 a los funcionarios en situación de servicios en otra administración es a participar en convocatorias para la provisión de puestos de trabajo no en los procesos selectivos de promoción interna que las mismas convoquen", concluyendo que "[...] para poder comprobar que el recurrente apelado cumplía los requisitos exigidos para poder participar en el proceso de promoción interna previstos en el artículo 18 de la Ley y en la base 2.2 de la convocatoria es preciso que previamente reingrese en el Servicio Activo en la Administración autonómica, pues solo entonces podrá obtener el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional en la Administración de destino (art. 88.4)".

CUARTO.- *La cuestión de interés casacional.*

En auto de 4 de febrero de 2019 (LA LEY 4483/2019), la Sección de Admisión de esta Sala acuerda admitir el recurso de casación e identificar como cuestión de interés casacional:

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar si los funcionarios que se encuentran prestando servicios en otra Administración Pública distinta a la de origen, tienen derecho a participar por el turno de promoción interna, en los procesos selectivos convocados por su Administración de origen, sin necesidad de solicitar el reingreso en la misma.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 18 (LA LEY 16526/2015) y 88 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

Los argumentos de las partes recurrente y recurrida han quedado expuestos en los antecedentes de hecho. *El recurrente, Sr. Gaspar, sostiene que la situación de servicio activo en otra administración, concretamente en la Universidad de Murcia, en la que se encuentra en servicio activo desempeñando puesto obtenido en virtud de procedimiento de provisión de puesto de trabajo, no le priva de su condición de funcionario de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y en tal condición, goza del derecho a participar en el proceso selectivo mediante promoción interna, de 10 plazas del cuerpo superior de administradores de la Administración Pública regional, convocadas por orden de 4 de noviembre de 2015 de la Consejería de Hacienda y Administración.*

La Administración recurrida sostiene, por una parte, la diferente naturaleza de los procedimientos de provisión de puestos, de los procesos selectivos, y argumenta que es únicamente en aquel ámbito en el que cabe reconocer el derecho a participar desde la situación de servicio en otras Administraciones públicas. Aduce, además, la específica legislación de función pública de Murcia, y concluye que "[...] la exigencia del previo reingreso lo impone el art. 88 del TREBEP (LA LEY 16526/2015) y los mecanismos o procedimientos del reingreso por la legislación de la C.A correspondiente, en la de la región de Murcia, el tan citado artículo 65 del TRLFPRM".

QUINTO.- *El juicio de la Sala.*

La posición del actor y hoy recurrente se sustenta fundamentalmente en que *la regulación de la promoción interna*, según el art. 18 del EBEP, no exige de forma explícita una determinada situación administrativa para participar en los procesos de promoción interna ya que se limita a disponer que "[...] Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas".

Ahora bien, esta previsión genérica *no cumple más función que enunciar la esencia del derecho a la promoción interna como parte de la carrera profesional, pero no establece las condiciones concretas desde las que se puede ejercer este derecho genérico. Por tanto, del art. 18 no se sigue que se pueda participar en los procedimientos de promoción interna desde cualquier situación en que se encuentre el funcionario.* El art. 16 define la promoción interna como una faceta de la carrera profesional, señalando que: "3. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: [...]. c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18".

Así pues, *debemos acudir a la configuración del régimen jurídico de las distintas situaciones administrativas en que pueden encontrarse los funcionarios de carrera, para verificar bajo que situaciones puede ejercerse el*

derecho de participar en procedimientos de promoción interna.

El art. 85.1 del EBEP establece lo siguiente:

"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 [...]"

Y ya dentro de la situación de servicio en otras Administraciones Públicas, el art. 88.1 del EBEP diferencia dos cauces distintos para acceder a esta situación, que, por otra parte, no tiene un régimen jurídico único. Así, se accede a esta situación por: i) aquellos funcionarios que sean transferidos a otras Administraciones públicas en virtud de procesos de transferencias; y ii) por los funcionarios de carrera que obtengan destino en otras Administración por procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Dice así el 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".

Sin embargo, aunque la denominación de la situación sea la misma, no es idéntico el régimen aplicable a cada una de las formas de acceder. De hecho, el distinto contenido de una y otra modalidad obedece a la ampliación de la anterior situación de "Servicio en Comunidades Autónomas", regulada en el artículo 12 de la Ley 30/1984 (LA LEY 1913/1984) y en los artículos 10 (LA LEY 1435/1995) y 11 del RD 365/1995 (LA LEY 1435/1995), que es el núcleo de la situación de servicio en otras Administraciones públicas, que ahora, en el EBEP amplía la categoría más allá del ámbito que preveía el art. 12 de la Ley 30/1984 (LA LEY 1913/1984), que dispone:

"12. [...]"

2. Los funcionarios transferidos son funcionarios en situación administrativa de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran.

En sus Cuerpos o Escalas de origen, permanecen en una situación administrativa especial de servicios en Comunidades Autónomas, que les permite mantener respecto de ellos todos sus derechos como si se hallaran en servicio activo, de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía".

Este régimen se mantiene en el EBEP para los funcionarios transferidos, y así dispone el art. 88.2 EBEP un régimen de equiparación a la situación de servicio activo que podemos calificar de máxima intensidad al declarar que:

"Los funcionarios transferidos mantienen todos sus derechos en la Administración Pública de origen como si se hallaran en servicio activo de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía".

Si embargo, es distinto -al menos en parte- el régimen de los de 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. Respecto a estos funcionarios, el apartado 3 del art. 88 señala que "[...] se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva [...]" y, a continuación, añade que "[...] 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".

L a diferencia entre las dos modalidades de situación de servicio en otras Administraciones públicas no es baladí, como, por otra parte, corresponde al distinto origen que determina esta situación. En el caso de la movilidad derivada de procesos de transferencias es un proceso objetivo, en tanto que el acceso a puestos de trabajo mediante procedimientos de provisión es estrictamente subjetivo y voluntario.

Es cierto que una vez que se produzca el reingreso en la Administración de origen, existe un régimen común entre ambas modalidades y así el art. 88.4 EBEP dispone que "[...] obtendrán el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que establecen medidas de movilidad interadministrativa, previstos en el artículo 84 del presente Estatuto. En defecto de tales convenios o instrumentos de colaboración, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso".

Pero lo relevante para la resolución de la cuestión de interés casacional no es el régimen del que disfrutaban los funcionarios en servicio de activo en otras Administraciones Públicas al producirse la situación de retorno a la Administración de origen, sino el estatuto jurídico durante la situación de servicio en otra Administración, y es ahí donde cabe destacar un diferente régimen entre ambas modalidades, a saber, de máxima asimilación con la de servicio activo en el caso de los funcionarios transferidos, y de menor intensidad en el caso, que es el del recurrente, de aquellos funcionarios que pasan a la situación de servicio activo como consecuencia de la obtención de un puesto de trabajo en otra Administración pública mediante procedimientos de provisión. En este caso, el régimen legal se concreta en la conservación de la condición de "funcionario de la Administración de origen [...]", a la que se anuda el derecho a participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de aquella Administración de origen.

Pese al esfuerzo argumentativo de la recurrente, *es obvio que no cabe equiparar procedimientos de provisión de puestos de trabajo con procedimientos selectivos, como es el procedimiento de promoción interna.* Esta es una forma de acceso, que permite participar en procesos de acceso a la función pública, si bien garantizada por el derecho a la carrera profesional (promoción interna vertical u horizontal, art. 16, apartados 3.a y 3.b). Por el contrario, los procedimientos de provisión de puestos de trabajo forman parte de la promoción interna (vertical u horizontal). Esta diferencia se traduce también en la estructura normativa del 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 LEY 16526/2015). Así, los procesos selectivos se regulan en el Título IV, Capítulo I, artículos 55 y ss, estableciéndose en el Art. 61 que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. En cambio, la provisión de puestos de trabajo junto a la movilidad se regula en el capítulo III del Título V, encontrando su regulación central en el art. 78 del Real Decreto en el que se establece que la provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública.

En definitiva, lo que garantiza el art. 88.3 EBEP a los funcionarios en situación de servicio activo en otra Administración Pública, cuando se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto es el acceso a los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

Ciertamente las leyes de función pública a que se remite el EBEP (art. 18.3 del EBEP) pueden ampliar, a partir de la legislación de bases de la función pública que constituye el EBEP (art. 149.1.18 CE (LA LEY 2500/1978)), el ámbito de derechos de esta modalidad de la situación de servicio en otras Administraciones públicas. Pero el mandato que vincula a la Administración demandada no es otro que el del art. 88.3 del EBEP. Por tanto, la invocación de la Resolución de 21 de junio de 2007 (LA LEY 6874/2007), de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, carece de vinculatoriedad respecto a la Administración demandada. Aquellas instrucciones se dictan para dicho ámbito y no obligan a la comunidad autónoma demandada. En este sentido, hay que destacar que la disposición final cuarta del EBEP establece que "[...] 2. Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto", y conforme a dicha previsión, se encuentra vigente la Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (LA LEY 2562/2001), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia) que en su art. 61, respecto al régimen de funcionarios en servicio activo en otra Administración pública, se limita a establecer:

"Los funcionarios propios en servicio activo de la Administración Pública de la Región de Murcia que pasen a prestar servicios en otra Administración, en virtud de los mecanismos de movilidad legalmente establecidos, quedarán en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas.

Estos funcionarios continuarán perteneciendo a sus Cuerpos o Escalas de origen".

Y en su art. 65 prevé que "1. El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concurso de méritos o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo".

SEXTO.- *La doctrina de interés casacional.*

En definitiva, y ciñendo nuestra doctrina al específico supuesto de los funcionarios en situación de servicio activo, que es el caso que enjuiciamos, hemos de declarar que la aplicación de régimen establecido en el

art. 88.3 del EBAP no otorga el derecho a participar en procedimientos de promoción interna convocados por su Administración de origen a los funcionarios en servicio activo en otra Administración pública que se encuentre en esta situación por haber obtenido puestos en la misma por procedimientos de provisión previstos en el EBEP. Todo ello sin perjuicio de que tal derecho pudiera ser otorgado por la legislación de función pública propia de cada Administración pública, pues el EBEP establece un marco mínimo común pero no excluye otras medidas que potencien, ampliando su ámbito, la participación en la promoción interna (art. 18.3 y 4 EBEP).

SÉPTIMO.- Resolución de las pretensiones.

Una vez fijada la doctrina de interés casacional declarada, hemos de *desestimar el recurso de casación, al ser conforme con dicha doctrina la sentencia recurrida.*

OCTAVO.- Las costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA (LA LEY 2689/1998). En cuanto a las de la instancia, se mantiene el pronunciamiento contenido al respecto en la sentencia recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento sexto:

1.- No haber lugar al recurso de casación núm. 4300/2018, interpuesto por la representación procesal de don Gaspar, contra la sentencia núm. 211/2018, de 21 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, recaída en el recurso de apelación núm. 341/2017 (LA LEY 42703/2018).

2.- Hacer el pronunciamiento sobre las costas, en los términos previstos en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.