

Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004 Tlfs. 914934767-66-68-69 33009730	
NIG: 28.079.00.3-2017/0012892	

Procedimiento Ordinario 656/2017

Demandante: D./Dña. GONZALO

PROCURADOR D./Dña. MARIA ISABEL MONFORT

Demandado: DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 355/2019

Presidente:

D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

Magistrados:

D./Dña. MATILDE APARICIO FERNÁNDEZ

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

D./Dña. ÁNGEL ARDURA PÉREZ

En la Villa de Madrid a veinticinco de abril de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados "supra" relacionados, el recurso contencioso-administrativo número 656/2017 seguido, ante la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Monfort , en nombre y representación de **D. Gonzalo** , contra la Resolución de 28 de abril de 2017 de la Subdirectora General de Recursos Humanos de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior –por delegación del Subsecretario de Interior–, por la que denegó la solicitud de adscripción definitiva a un Centro Penitenciario cercano al domicilio familiar en las provincias de Madrid o Toledo.

Habiendo sido parte demandada la Administración del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se reclamó el Expediente a la Administración y, siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando que se dictara Sentencia estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- La Abogacía del Estado, en representación de la Administración demandada, oponiéndose a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, terminando por suplicar que se dictara Sentencia que desestime el recurso y confirme en todos sus extremos la resolución recurrida.

TERCERO.- Mediante Decreto de 10 de enero de 2018, se señaló la cuantía como indeterminada.

CUARTO.- Terminada la tramitación se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 20 de febrero de 2019, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ángel Ardura Pérez, en funciones de sustitución, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Gonzalo , funcionario del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias en la especialidad de Juristas, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 28 de abril de 2017 de la Subdirectora General de Recursos Humanos de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior –por delegación del Subsecretario de Interior–, por la que denegó la solicitud de adscripción definitiva a un Centro Penitenciario cercano al domicilio familiar en las provincias de Madrid o Toledo.

SEGUNDO.- Alega el recurrente como motivo de su escrito de demanda al amparo de lo previsto en el artículo 47.1.e) y 47.2) de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, <<la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por infracción del artículo 20.1 de la Ley 30/1984, de 30 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, así como en el artículo 68 del Real Decreto 365/1995, por el que se aprueba el reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la administración General del Estado>>.

El Abogado del Estado, por su parte, con invocación de la misma normativa, alega que <<al no cumplirse los requisitos previstos en la normativa aplicable, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto>>, solicitando que se confirme el acto recurrido y se condene en costas al actor.

TERCERO.- Conviene señalar que sobre una cuestión análoga –adscripción a puesto de trabajo en Instituciones Penitenciarias-, se ha pronunciado esta Sección en su Sentencia de 16 de mayo de 2014 –recurso contencioso-administrativo nº 115/13-, en la que se sostenía en relación con la normativa de aplicación lo siguiente:

<<SEGUNDO.- El recurrente es funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias con destino en Almería y pretende su traslado, por razones de salud de su hija, a la ciudad de Granada, donde dice esta escolarizada su hija y realiza un tratamiento para su enfermedad y a donde se traslada desde el año 2007 para dicho tratamiento. La Administración le denegó dicho traslado, sobre la base de lo dispuesto en la Resolución de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, sobre traslados de los funcionarios de la Administración Pública, manifestándose también por la Administración que desde el año 2007 ha habido varios concursos con plazas vacantes en Granada en los que no participo el recurrente. Planteado así el debate en la resolución de la cuestión lo primero a tener en cuenta es la regulación general de los traslados por razones de salud y a esto se refiere el artículo 20.1h) de la Ley 30/84 de Medidas para la Reforma de la Función Pública que dice: La Administración General del Estado podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo de distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, con previo informe del servicio médico oficial legalmente establecido y condicionado a que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen y se reúnan los requisitos para su desempeño. Dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen. Del texto transcrito se desprende que son necesarios dos requisitos, a) que existan motivos de salud o rehabilitación que el funcionario justifique. b) que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al puesto de trabajo de origen y se reúnan los requisitos para su desempeño.

En iguales términos se pronuncia el artículo 66 bis del RD 3647/1995 de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo

de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, que dispone lo siguiente: Previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge, o los hijos a su cargo, se podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo de distinta unidad administrativa en la misma o en otra localidad. En todo caso, se requerirá el informe previo del servicio médico oficial legalmente establecido. Si los motivos de salud o rehabilitación concurren directamente en el funcionario solicitante, será preceptivo el informe del Servicio de Prevención de riesgos laborales del departamento u organismo donde preste sus servicios. La adscripción estará condicionada a que exista puesto vacante dotado presupuestariamente, cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen y que sea de necesaria provisión. El funcionario deberá cumplir los requisitos previstos en la relación de puestos de trabajo. Ciertamente, el traslado por motivos de salud es un supuesto excepcional, al régimen general de provisión de puestos de trabajo, ajustados a los principios de igualdad, mérito y capacidad, que incorpora el artículo 78 de la Ley 7/2007, y se configura como excepcional y de aplicación estricta, pudiéndose optar al traslado a otra localidad donde se beneficie de tratamiento médico para sí o sus familiares que no puede obtener en su localidad de destino ni en un radio de cuarenta kilómetros en los términos de la Resolución de fecha 28 de enero de 2004.>>

En igual sentido, sobre un caso similar también se ha pronunciado esta Sección en la Sentencia de 30 de Mayo de 2014 -recurso contencioso-administrativo nº 610/2013-, en la que se decía lo siguiente:

<<SEGUNDO: Para una adecuada resolución de la controversia que se somete a la consideración de la Sección es preciso partir de la base de que, en efecto y como sostiene la recurrente, es madre de un hijo que padece "Síndrome de Down" y que, en función de su discapacidad psíquica y sensorial, tiene reconocido un grado de minusvalía del 75 % desde el 19 de Febrero de 2008, reconocimiento en el que se reseña que el mismo tiene dificultades de movilidad (hecho acreditado al folio 5 del Expediente Administrativo).

En base a ello la actora, funcionaria de carrera del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, con destino en el Área de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Navarra, Área Funcional de Trabajo e Inmigración, desempeñando en la misma un puesto de trabajo de Nivel 17 y Complemento Específico de 4.360,44 Euros, solicitó el 24 de Septiembre de 2012 (folio 3 del Expediente Administrativo), su adscripción y traslado a Madrid, dada la situación familiar y por motivos de salud de su hijo, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 66 Bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo .

Acompañó a esta solicitud la actora un Certificado Médico, expedido el 24 de Julio de 2012 por la facultativo D^a. Marí Trini (folio 7 del Expediente Administrativo), en que se ponía de relieve que Moises , hijo de D^a. Milagros hoy recurrente, "con síndrome de Down se encuentra en este momento en el Programa de Empleo con apoyo de la Fundación Prodis, realizando un trabajo a media jornada, dedicando el resto de la jornada a los programas rehabilitadores físicos y psicológicos que le permiten mantener y evolucionar física y cognitivamente, en los cuales se encuentra centrado y contento, siendo para él de vital importancia mantener la estabilidad familiar, laboral, psicológica y educativa sin

modificaciones que perjudiquen dicha estabilidad y su desarrollo madurativo".

También se acompañó un Informe, emitido con fecha 15 de Marzo de 2012 por D^a Bernarda , directora de la Cátedra UAM- Fundación PRODIS (hecho acreditado al folio 8 del Expediente Administrativo), en el que se reseñó que Moises , "con síndrome de Down, ha realizado el Curso de Formación para la inclusión Laboral de jóvenes con Discapacidad Intelectual, con intensos apoyos tanto familiares como educativos. Actualmente se encuentra en el Programa de Empleo con Apoyo de la Fundación Prodis, realizando un trabajo a media jornada en la empresa Visionlab y por las tardes participa en programas rehabilitadores que le permiten mantener sus funciones cognitivas. Por todo ello, para Moises , es de vital importancia que, tanto los apoyos que habitualmente está recibiendo, como su entorno familiar, laboral y educativo se mantengan estables y sin modificaciones que pudiesen perjudicar su desarrollo madurativo global".

A la vista de esta documentación, y sin requerimiento ni solicitud de información adicional alguna, la Secretaría General de la Delegación del Gobierno en Navarra Informó desfavorablemente la solicitud de traslado presentada (véase documento, fechado el 8 de Agosto de 2012, que obra al folio 10 del Expediente Administrativo), argumentando la escasez de personal de la Delegación, a fin de dar un adecuado nivel de gestión administrativa a la Oficina, de tal suerte que, se concluyó, salvo que se autorizara el nombramiento de un/una funcionario/a interino/a del Cuerpo General Auxiliar para prestar servicios en la Oficina de Extranjería en Navarra, no podía emitirse Informe favorable a la petición.

En base a este Informe, por resolución de 28 de Noviembre de 2012 hoy objeto de recurso (folios 1 y 2 del Expediente Administrativo), se resolvió denegar la solicitud de traslado formulada, añadiendo que la funcionaria solicitante había participado voluntariamente en un proceso de oferta de empleo público, en concurrencia competitiva, y que no se habían producido circunstancias sobrevenidas de carácter sustantivo que, siendo imprevisibles e involuntarias, justificaran un cambio de situación. Esta conclusión denegatoria se mantuvo en la resolución de 15 de Abril de 2013, desestimatoria de la reposición interpuesta contra la antedicha resolución y hoy también cuestionada, en la que se añadió que las causas en las que se pretendía sustentar el traslado tenían que ver con motivos de conciliación de vida familiar y laboral, y no con motivos de salud, y que las solicitudes de traslado se condicionaban a la existencia de vacante adecuada, que tenga asignación presupuestaria y que sea de necesaria cobertura, circunstancias que, se dijo, no concurrían en el supuesto analizado.

TERCERO: Centrándonos ya en el análisis de la cuestión de fondo sometida a la consideración de la Sección, y planteado el debate en torno a la misma en los términos descritos en los Fundamentos precedentes, la primero que hemos de poner de relieve es que la regulación del traslado por motivos de salud se contiene en nuestro Ordenamiento Jurídico, específicamente, en el artículo 20.1.h) de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, en el artículo 66 Bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo, y en la Resolución de 28 de Enero de 2004 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

El apartado h) del artículo 20.1 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para

la Reforma de la Función Pública , tras la modificación sufrida por Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispone lo siguiente: "La Administración General del Estado podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, con previo Informe del servicio médico oficial legalmente establecido y condicionado a que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, y se reúnan los requisitos para su desempeño. Dicha adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen".

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 Bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo , 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, "Previo solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge, o los hijos a su cargo, se podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo de distinta unidad administrativa, en la misma o en otra localidad. En todo caso, se requerirá el informe previo del servicio médico oficial legalmente establecido. Si los motivos de salud o de rehabilitación concurren directamente en el funcionario solicitante, será preceptivo el informe del Servicio de prevención de riesgos laborales del departamento u organismo donde preste sus servicios".

Y, por último, debe traerse a colación la regulación contenida en la Resolución de 28 de Enero de 2004 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan las reglas aplicables para la concesión de traslados a los funcionarios de la Administración General del Estado por razones de salud y posibilidades de rehabilitación de los funcionarios, sus cónyuges o los hijos a su cargo, y se fija el procedimiento aplicable al efecto que, en lo que interesa, establece, en el apartado 1, que el funcionario que por razones de salud o rehabilitación, ya sea propia, de su cónyuge o de cualquiera de los hijos a su cargo, desee obtener el traslado a un puesto de trabajo en distinta Unidad administrativa o en otra localidad, deberá solicitarlo en el Ministerio, Delegación del Gobierno u Organismo en los que tenga destino definitivo, o en los que preste servicios en los supuestos de adscripción provisional, aduciendo en su solicitud (apartado 1.1, párrafo primero, de la propia Resolución), los motivos de salud o rehabilitación que justifican la petición de traslado a juicio del solicitante, y acompañando los Informes Médicos justificativos que estime oportunos.

De lo expuesto resulta que siendo el sistema normal de provisión de puestos de trabajo el de concurso, así como el de libre designación limitado a determinados puestos recogidos en la relación de puestos de trabajo por la naturaleza de sus funciones, los preceptos indicados suponen una excepción al régimen general de provisión de puestos de trabajo, en el que no priman los criterios de mérito y capacidad, lo que lleva a una aplicación estricta de dicho sistema de provisión, al considerarse que se está ante un supuesto excepcional, que exige interpretarlo con carácter restrictivo, para evitar situaciones lesivas para otros funcionarios, por lo que esos motivos de salud deben de ser de

relevancia significativa a los efectos de que se pueda imponer a la administración esa adscripción, dado que no debemos olvidar que el propio precepto habla de "podrá".

Por otra parte, no puede perderse de vista por lo que luego se dirá, que la finalidad de la previsión introducida por la Ley 53/2002 es evidente y obvia, deducida del conjunto de preceptos que resultan de aplicación y que son desarrollo de la misma, pues con tal previsión, y tal y como se regula la misma en nuestro derecho, no se trata de otra cosa que de amortiguar los efectos negativos en el desempeño de la relación funcional, cuando el desempeño del puesto de trabajo en "una concreta unidad o localidad" pueda condicionar sobremanera las circunstancias de salud o rehabilitación del propio funcionario, cónyuge o hijos a su cargo.

Interesa destacar, por otra parte, que si bien es cierto que el traslado por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, no está incluido entre los supuestos a que alude la Ley 39/1999, de 5 de Diciembre, de Conciliación de Vida Familiar y Laboral, no es menos verdad que el mismo tiene un componente, en casos como el que nos ocupa, que no puede escapar a su consideración desde una perspectiva de dicha naturaleza, en la medida en que la solicitud que en su día efectuó la hoy actora tiende a conseguir, es indudable, una situación laboral que le permita asegurar el adecuado ejercicio de la patria potestad y el cuidado de su hijo discapacitado, afectado de una minusvalía expresamente reconocida del 75 % y con problemas de movilidad, en definitiva con una discapacidad importante y no desdeñable. Ello quiere decir que el supuesto a que aluden los artículos 20.1.h) de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, y 66 Bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo, debe contemplarse, a la hora de resolver sobre su específica aplicación a un supuesto muy concreto como el analizado, desde una dimensión o perspectiva Constitucional, esto es enlazando el mismo con el mandato que se contiene en los artículos 39 y 48 de nuestra Carta Magna y que indican que los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia, así como que deben de llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de los derechos que la propia Norma Fundamental otorga a todos los ciudadanos. Esta dimensión o perspectiva Constitucional implica, conforme tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 191/1998, de 20 de Septiembre, y 92/2005, de 18 de Abril, entre innumerables otras), que la finalidad de protección a la familia y a las personas discapacitadas ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que se pueda plantear en el ámbito en el que nos movemos.

CUARTO: En el hilo argumental iniciado en el Fundamento precedente es el momento de destacar que la solicitud de traslado formulada, con fecha 24 de Septiembre de 2012, por la hoy actora le fue denegada, en la resolución inicial dictada al efecto el 28 de Noviembre de 2012, en base a la escasez de personal de la Delegación del Gobierno a que la misma estaba adscrita, a fin de dar un adecuado nivel de gestión administrativa a la Oficina, así como a que la solicitante había participado voluntariamente en un proceso de oferta de empleo público, en concurrencia competitiva, y que no se habían producido circunstancias sobrevenidas de carácter sustantivo que, siendo imprevisibles e involuntarias, justificaran un cambio de situación.

Estos motivos concretos, por los que inicialmente se justificó la denegación de la solicitud formulada, no son ninguno de aquéllos específicos supuestos por los que el apartado h) del artículo 20.1 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, tras la modificación sufrida por Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, puesto en relación con el artículo 66 Bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de Marzo, 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, permiten desestimar una solicitud como la de referencia, ya que ni se alude a que no sean ciertos los motivos de salud y rehabilitación alegados, ni a que no existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, o a que no se reúnan los requisitos para su desempeño por parte de la Sra. Milagros.

A estos específicos motivos sí se aludió en la resolución de 15 de Abril de 2013, que desestimó la reposición interpuesta contra la previa resolución de 28 de Noviembre de 2012, al señalarse la inexistencia de vacante adecuada, que tenga asignación presupuestaria y que sea de necesaria cobertura, así como que la solicitud formulada tenían que ver con motivos de conciliación de vida familiar y laboral, y no con motivos de salud.

Estas conclusiones, sin embargo, no podemos compartirlas en modo alguno, y no podemos hacerlo, en primer lugar, porque como ya avanzamos la perspectiva de conciliación de la vida personal y familiar no es un aspecto completamente ajeno a la petición de traslado denegada en el supuesto que nos ocupa, en el que la actora tiene un hijo con Síndrome de Down, con un grado de discapacidad declarada del 75 % y evidentes problemas de movilidad, y si bien el Síndrome de Down se considera hoy por los especialistas, mayoritariamente, que no constituye una enfermedad, sino una alteración genética que causa discapacidad cognitiva, es indudable que es una condición en la cual la persona que la padece tiene mayor probabilidad de presentar problemas médicos, precisando para su conveniente desarrollo e integración social un ambiente, familiar y de todo orden, adecuado en que desenvolverse. Es importante tener presente que ya desde la vía administrativa, los Informes adjuntados por la Sra. Milagros a este respecto son inequívocos como ya reseñamos líneas atrás, se ha acreditado que es de vital importancia para la adecuada salud psíquica del hijo de la actora el mantener un entorno familiar tranquilo, afectivo y sin cambios, ya que los mismos tienen una incidencia relevantemente perjudicial en la estabilidad emocional y en el desarrollo educativo y madurativo global del mismo, siendo evidente que el traslado de su madre fuera del domicilio familiar cinco días a la semana, con la imposibilidad de convivencia en estos períodos de tiempo con su hijo, es una situación que indudablemente redundará en el mismo en un desequilibrio emocional, que perjudicará notablemente su desarrollo e integración social.

En segundo lugar, a instancias de la parte actora se ha acreditado documentalmente en el proceso la existencia de numerosas vacantes, en Madrid, en concreto y entre otras en la Oficina de Extranjería, para su cobertura por funcionarios del Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, con un Nivel de Complemento de Destino 17 y un Complemento Específico de 4.360,44 Euros, denominadas algunas de ellas "Ayudante de

Extranjería" y otras "Auxiliar de Extranjería". Resultando también acreditado que en el Concurso de Méritos convocado por Orden HAP/12/2013, de 18 de Abril (B.O.E. de 30 de Abril próximo siguiente), es decir a los pocos días del dictado de la última resolución cuestionada en el presente proceso, se anunciaron para su cobertura varias vacantes tanto de "Ayudante de Extranjería" como de "Auxiliar de Extranjería", Nivel de Complemento de Destino 17 y un Complemento Específico de 4.360,44 Euros, en la Comunidad de Madrid.

Pero es que es más, y en tercer lugar, es también un hecho acreditado que con fecha 8 de Mayo de 2013 a la hoy actora se le nombró, en comisión de servicios, para ocupar un puesto de trabajo, en el Ministerio del Interior, Organización Periférica de la Dirección General de la Guardia Civil, Comandancia de Madrid, Nivel de Complemento de Destino 17 y un Complemento Específico de 4.360,44 Euros.

Estos antecedentes ponen de manifiesto, sin temor al equívoco, que efectivamente concurrían en el supuesto de autos los presupuestos precisos para, a tenor de lo dispuesto en el apartado h) del artículo 20.1 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, tras la modificación sufrida por Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se otorgara a la actora el traslado que solicitó y ello porque existía un motivo de salud y/o rehabilitación de un hijo a su cargo, y así se acreditó por Informes Médicos aportados en vía administrativa por la propia actora, existiendo puestos vacantes en la localidad a la que se solicitó el traslado, con asignación presupuestaria, cuyo nivel de complemento de destino y específico no era superior al del puesto de origen, reuniéndose por la actora los requisitos precisos para su desempeño, siendo por ello por lo que procede la estimación del presente recurso.>>

CUARTO.- Pues bien, examinadas las circunstancias del caso enjuiciado debe llegarse a la misma conclusión que en la Sentencia a la que nos acabamos de referir.

Como se dice en la otra Sentencia citada de 16 de mayo de 2014, dos son los requisitos que la normativa establece para poder acceder a la adscripción.

En primer lugar, que existan motivos de salud o rehabilitación que el funcionario justifique.

El artículo 66 bis del Real Decreto 364/1995, citado por la resolución impugnada, al regular la movilidad por razones de salud o de rehabilitación establece que:

<<Previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge, o los hijos a su cargo, se podrá adscribir a los funcionarios a puestos de trabajo de distinta unidad administrativa, en la misma o en otra localidad. En todo caso, se requerirá el informe previo del servicio médico oficialmente establecido. Si los motivos de salud o de rehabilitación concurren directamente en el funcionario solicitante, será preceptivo el informe del Servicio de prevención de riesgos laborales del departamento u organismo donde preste sus servicios. 2. La adscripción estará condicionada a que exista puesto vacante, dotado presupuestariamente, cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al del puesto de origen, y que sea de necesaria provisión. El

funcionario deberá cumplir los requisitos previstos en la relación de puestos de trabajo. La adscripción tendrá carácter definitivo cuando el funcionario ocupara con tal carácter su puesto de origen y, en este supuesto, deberá permanecer un mínimo de dos años en el nuevo puesto, salvo en los supuestos previstos en el artículo 41.2 de este reglamento. El cese en el puesto de origen y la toma de posesión en el nuevo puesto de trabajo deberán producirse en el plazo de tres días hábiles si no implica cambio de residencia del funcionario, o de un mes si comporta cambio de residencia. 3. Serán competentes para resolver los órganos contemplados en el artículo 64.3 de este reglamento>>

El artículo 2.1.de la Resolución de 28 de enero de 2004 del Secretario de Estado para la Administración Pública, a la que también se refiere la resolución impugnada, establece que:

<<2.1.1. Cuando la conveniencia del cambio de puesto de trabajo o de localidad esté basada en razones de salud del funcionario, su cónyuge o cualquiera de los hijos a su cargo, el informe médico se manifestará sobre la incidencia negativa del puesto desempeñado por el funcionario o de la localidad de destino en el estado de salud del solicitante, de su cónyuge o de cualquiera de los hijos a su cargo.

2.1.2. Cuando la conveniencia del cambio del puesto de trabajo o de localidad esté basada en la posibilidad de rehabilitación del funcionario, su cónyuge o de cualquiera de los hijos a su cargo, el informe médico manifestará el tipo de rehabilitación que precisa, así como la inexistencia de un centro adecuado para reanimar la rehabilitación prescrita en la localidad del destino o en localidades limítrofes ubicadas en un radio inferior a 40 kilómetros de distancia>>.

Expuesto lo anterior, debe decirse que la situación alegada por el demandante atendiendo las circunstancias a las que se hacen referencia, tiene un mejor encuadre en el supuesto previsto en el apartado 2.1.1 de la Resolución 28 de enero de 2004 y no en el 2.1.2 como hace la Administración y se dice esto porque las circunstancias que el demandante alega como problema de salud es el trastorno del desarrollo por autismo de su hijo, habiendo aportado en vía administrativa (folio 24 al 27 del expediente) un informe médico de 3 de febrero de 2017 del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Infanta Elena del Servicio Madrileño de Salud en el que se detalla cómo juicio clínico de su hijo el de *<<trastorno del espectro del autismo>>* y sintomatología de trastorno por déficit de atención, indicando dentro del apartado de “Tratamiento” que *<<El paciente debe estar bajo el cuidado de sus tutores legales que en el momento actual son sus progenitores>>*, añadiendo que *<<Sería desfavorable para la patología que presenta el paciente cualquier cambio en la estructura familiar que suponga separación del niño de sus padres>>*.

En un sentido similar se manifiesta, de un lado, el Informe de 21 de febrero de 2017 de la logopeda (folio 19 y 20 del expediente) en el que se recoge como recomendación que *<<debido a las características del niño y su diagnóstico de TEA, el cambio en la vida familiar, así como en su rutina diaria, podrían suponen en el niño un agravamiento, debido a su inflexibilidad y manejo de situaciones sociales; lo que podría repercutir en la evolución en su desarrollo, adquisición de aprendizajes y a nivel socio-emocional>>*, y de otro el del Centro Escolar en el que el hijo del demandante está escolarizado (folio 21 a 23) en el que se dice que *<<dada la patología de nuestro alumno todo cambio en su rutina y cualquier*

cambio en la estructura familiar podría influir de forma negativa en su desarrollo tanto a nivel emocional como de aprendizajes, por lo que creemos que cualquier cambio en la situación actual del alumno es desfavorable para su desarrollo>>.

Por último, consta igualmente en el expediente administrativo (folios 10 y 11) Resolución de 31 de octubre de 2016 del Director General de Atención a Personas con Discapacidad de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, en la que, con base en el Dictamen Técnico facultativo del Equipo de Valoración y Orientación de la Comunidad de Madrid se reconoce al hijo del demandante un grado total de discapacidad del 35%.

En consecuencia, no puede compartirse el criterio mantenido por la Administración en la resolución recurrida toda vez que debe estimarse cumplido el primero de los requisitos a los que esta Sección se refería en la Sentencia de 16 de mayo de 2014 en relación con problemas de salud, que en el supuesto enjuiciado son del hijo del demandante.

QUINTO.- A continuación debe ser examinada la concurrencia del otro requisito al que se refiere la Sentencia de 16 de mayo de 2014, esto es, que existan puestos vacantes con asignación presupuestaria cuyo nivel de complemento de destino y específico no sea superior al puesto de trabajo de origen y se reúnan los requisitos para su desempeño.

En el presente caso, como señala el demandante, es la propia Administración la que en la resolución recurrida reconoce la existencia de las vacantes pues se afirma, en referencia a los Centros a los que el demandante ha solicitado su adscripción, *que <<(../...) en alguno de ellos exista alguna vacante de las recogidas en la correspondiente relación de puestos de trabajo, (../...)>>.*

Por tanto, podemos concluir que se dan los dos requisitos a los que se hacía referencia en la mencionada Sentencia.

A lo anterior no obsta lo mantenido en la resolución impugnada cuando afirma que si bien existen tales vacantes *<<(../...) esto no significa que la Administración Penitenciaria considere como tal esas plazas y el ejemplo está en el hecho de que en el concurso de traslados resuelto en diciembre de 2016, no se convocaron puestos en todos los centros y los que fueron ofertados a los funcionarios participantes, se cubrieron, sin que quedasen destinos necesarios de cubrir>>.*

Sin entrar a valorar el criterio de la Administración demandada para cubrir los puestos de trabajo vacantes y su potestad de autorganización, es lo cierto que los puestos de trabajo existen al estar recogidos en la relación de puestos de trabajo y se encuentran vacantes al no estar ocupadas por funcionarios de carrera.

Por ello, como ya se adelantó, procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo y anular la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas del presente recurso en la cantidad de 400 euros, a la Administración demandada pues sus pretensiones han sido totalmente desestimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su no imposición.

Vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo , contra la Resolución de 28 de abril de 2017 de la Subdirectora General de Recursos Humanos de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior –por delegación del Subsecretario de Interior-, que anulamos por no ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Reconocer el derecho del demandante a que se le adscriba, en los términos recogidos en el artículo 66 bis del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, 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, a alguno de los puestos de trabajo a los que ha solicitado su adscripción.

TERCERO.- Imponer las costas procesales a la parte demandada con el límite fijado en el último fundamento jurídico.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-93-0656-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un

“Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-93-0656-17 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 tutela 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.