

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de Febrero de 2017 (rec.1/2017)

Encabezamiento

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000001 / 2017

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00005/2017

Apelante: MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

***Apelado:* FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS**

Abogado Del Estado

***Ponente IIma. Sra.:* D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**

SENTENCIA EN APELACION

IIma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

Madrid, a veintidos de febrero de dos mil diecisiete.

Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso de **apelación** número **1/2017**, interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del **MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL**, contra la *sentencia de fecha 31 de octubre de 2016*, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 4, en el Procedimiento Abreviado nº 94/2016; habiendo sido parte apelada la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), representada por la Procuradora D^a María Jesús Ruiz Esteban.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 4 dictó sentencia el

día 31 de octubre de 2016 en su PA nº 94/2016 estimando el recurso interpuesto por la FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) referente a la Orden ESS/389/2016 de 18 de marzo, por la que se convoca concurso específico para la provisión de puestos de trabajo del Servicio Público de Empleo Estatal, publicado en el BOE de 28 de marzo de 2016.

2. Que contra la referida sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación ante el Juzgado mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2016, solicitando de la Sala la estimación del mismo y la revocación de la Sentencia apelada.

3. Que admitido a trámite, se dio traslado a la parte contraria para que dentro de plazo pudiera manifestar su oposición al interpuesto por el Abogado del Estado, trámite que verificó con la presentación de escrito en fecha 15 de diciembre de 2016 .

4. Que elevados los autos a la Sala con emplazamiento de las partes, una vez comparecidas éstas , quedaron los autos vistos para deliberación, votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 15 de febrero de 2017.

5. En la tramitación de la apelación se han seguido los trámites establecidos en la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Abogado del Estado recurre en apelación la *Sentencia de 31 de octubre de 2016* , dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 4, en el Procedimiento Abreviado 94/2016 y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

QUE ESTIMO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 94/2016, INTERPUESTO POR DÑA....PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES Y DE LA FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), CONTRA LA RESOLUCIÓN IDENTIFICADA EN EL ENCABEZAMIENTO DE ESTA SENTENCIA, QUE SE ANULA PARCIALMENTE EN CUANTO NO COMPRENDE ENTRE LOS CONVOCADOS, LOS PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS POR FUNCIONARIOS EN COMISIÓN DE SERVICIOS QUE SE ENUMERAN EN EL FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO APARTADO IV DEL ESCRITO DE DEMANDA CON LOS EFECTOS INHERENTES A ESTA DECLARACIÓN.

SE IMPONEN LAS COSTAS A LA PARTE DEMANDADA EN LOS TÉRMINOS CONTENIDOS EN EL ÚLTIMO FUNDAMENTO DE DERECHO" .

El Juzgado para llegar a tal conclusión, y después de rechazar en primer término la falta de interés legítimo del sindicato impugnante, razona que el concurso es la forma ordinaria de provisión de los puestos de trabajo y que la utilización de la comisión de servicios como forma de provisión, requiere que existan razones de urgente e inaplazable necesidad para cubrir la vacante existente, no pudiéndose amparar su decisión en el paraguas de la facultad autoorganizativa de la Administración.

Así entiende la Juzgadora de instancia que en este caso *no hay justificación suficiente* -se incluyen determinados puestos de subdirector, lo resulta también sorprendente, y otros no, se alega, por ser de especial responsabilidad y facultad organizativa- para no incluir en la convocatoria las plazas cubiertas a través de comisiones de servicio. Para, a continuación, atenerse la interpretación que esta misma Sala ha hecho de la cuestión controvertida, transcribiendo la *Sentencia de esta sección cuarta, de fecha 8 de julio de 2015, dictada en el recurso de apelación 84/2014*, cuyos Fundamentos Tercero y Cuarto transcribe en su integridad.

2. El Abogado del Estado en su recurso de apelación sostiene, una vez más y tal y como hiciera en aquel otro recurso de apelación resuelto por esa misma SAN que acabamos de citar, que la Administración no está obligada automáticamente a sacar a concurso los puestos de trabajo cubiertos en comisión de servicio, sino que en el ejercicio de sus *"potestades de autoorganización puede acudir a este sistema de provisión cuando, como entiende que es el caso, existe justificación para ello"*. Sostiene el apelante que en este caso la convocatoria para la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Público de Empleo Estatal ha venido marcada por unas "conversaciones entre la Administración y las Organizaciones Sindicales" y que, si bien en un principio habían quedado excluidas más plazas para salir al concurso, tras la interlocución entre el SEPE y las Organizaciones Sindicales, en noviembre de 2015 se contestó por parte del Ministerio a la demandante informándolo de que efectivamente algunas de las plazas podrían salir a concurso y, finalmente, se incluyeron algunas de dichas plazas, pasándose a ofertar 291 plazas en el segundo proyecto. Se dice que ha existido una "negociación" con las Organizaciones Sindicales y únicamente quedan excluidas 20 plazas de Subdirector Provincial, que estaban ocupadas en Comisión de Servicios, de forma motivada y así se le expuso a la organización demandante. Entiende la parte apelante especialmente relevante que nos encontramos ante un concurso específico en el que se convocan 291 plazas, y tan solo se dejan de sacar a concurso 20 plazas, **un 6%** respecto de las plazas ofertadas.

Y, consciente de lo razonado en aquella otra ocasión por esta misma Sala y Sección entiende que en este caso la justificación dada por el Organismo a la no inclusión de los 20 puestos de trabajo en el concurso debe considerarse suficiente, en el sentido de que se consideran puestos de especial responsabilidad, plazas de Subdirección Provincial, que son puestos de especial responsabilidad por ser los sustitutos naturales de los Directores Provinciales en los casos de ausencia de éstos, lo que justifica en definitiva que queden amparadas en la potestad de autoorganización de la Administración la valoración de cuáles de estas plazas pueden y deben ofertarse o posponerse a una convocatoria posterior.

En definitiva, la discrepancia de la Abogacía del Estado con la sentencia impugnada radica en el convencimiento de que la Administración tiene necesariamente que gozar de una potestad autoorganizativa que le permita, en determinados casos que determinados puestos de trabajo, que reúnan unas condiciones especiales por su especial responsabilidad, puedan quedar fuera de la convocatoria inmediata de acuerdo con el *artículo 64.5 del RD 364/1995*.

Por el contrario el Recurrente en la instancia interesa la desestimación del recurso de apelación asumiendo y aceptando plenamente la argumentación de la sentencia apelada.

3. Y, ciertamente la cuestión controvertida se reduce a la interpretación que haya de realizarse del *artículo 64, párrafos 1 y 5 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, incisos que han sido ya analizados por esta Sala que se ha pronunciado sobre la interpretación de dicho precepto y, más concretamente, sobre el significado que haya de atribuirse al inciso "**en su caso**" del apartado 5 del artículo 64. Y hemos reiterado que el precepto indicado no establece una obligación incondicional de incorporar al concurso siguiente las plazas que se encuentren cubiertas mediante Comisión de Servicio, pero sin desconocer que la expresión "*en su caso*" no viene sino a modular la obligación que previamente el precepto acaba de imponer a la Administración, de manera que tal expresión hace exigible que las razones por las que las vacantes que se encuentren cubiertas en Comisión de Servicio no sean incluidas en la inmediatamente siguiente convocatoria. Ello exige, en definitiva, razones que justifiquen el ejercicio de las potestades de autoorganización invocadas por el Abogado del Estado para precisamente excluir del concurso convocado dichas plazas.

Así como decíamos en nuestra SAN de 8 de julio de 2015, Rec. 84/2014 veíamos como la cuestión se desplaza al control precisamente de las razones que justifican el ejercicio de dichas potestades y allí mismo también reconocíamos que la especial responsabilidad de un puesto de trabajo puede justificar que en la correspondiente relación de puestos de trabajo se establezca su provisión a través del procedimiento de libre designación, procedimiento que reviste especialidades no sólo en relación al sistema de cobertura del puesto sino también en lo que al cese en el puesto se refiere, las cuales permiten lograr el fin invocado por la Administración y concluíamos:

"Pero lo que escapa a las previsiones legales y reglamentarias es la utilización de la forma de provisión de puestos de trabajo mediante Comisión de Servicio a modo de período de prueba o de evaluación, y mucho menos cabe aceptar que la consecución de tal finalidad -en sí misma lícita pero a lograr por otros medios- permita excepcional la disposición general que obliga a incluir la plaza en la siguiente convocatoria de provisión consolidando así una situación viciada de origen. Con ello no excluimos que pudieran existir razones que avalasen no incluir en la siguiente convocatoria la plaza cubierta a través de Comisión de Servicio, pero constatamos que la ofrecida por la Administración no se ajusta a la legalidad" .

También aquí la Sala echa de menos esa motivación exigible para excepcionar determinados puestos de Subdirector Provincial, a cuyo fin lo único que se encuentra en el expediente es la alusión a que se trata de puestos "*de especial responsabilidad y en base a la facultad autoorganizativa del Organismo (sic)*". Algo que el Tribunal considera que no es justificación suficiente, como tampoco el hecho de que las plazas no ofertadas supongan tan sólo un 6% de las totales que se ofrecieron como también se dice por el Abogado del Estado, al no tratarse de una cuestión meramente cuantitativa. De ahí que no podemos sino compartir lo razonado por la Sentencia de instancia en relación a la necesaria cobertura de las plazas en cuestión ya que también en este caso la motivación, se insiste, ha brillado por su ausencia.

De lo anterior deriva la desestimación del recurso de apelación.

4. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139 LJCA , procede imponer las costas a la parte apelante.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

DESESTIMAR el recurso de **apelación número 1/2017** interpuesto por **el Abogado del Estado**, contra la *Sentencia dictada por Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo nº 4 en fecha 31 de octubre de 2016*, la cual confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con la condena al pago de las costas de este recurso a la parte apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción* justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.