



Roj: **STS 3894/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3894**

Id Cendoj: **28079130042017100391**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/11/2017**

Nº de Recurso: **3816/2015**

Nº de Resolución: **1671/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

**Sentencia núm. 1.671/2017**

Fecha de sentencia: 06/11/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 3816/2015

Fallo/Acuerdo:

Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Procedencia: Ministerio de la Presidencia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP Nota:

Resumen

Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática. El Proyecto de Real Decreto debió ser sometido a negociación colectiva. El incumplimiento de este requisito es causa de nulidad.

REC. ORDINARIO(c/d) núm.: 3816/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 1671/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez,

Presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo



D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 6 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 3816/2015, interpuesto por el Sindicato Independiente del Servicio Exterior del Estado (SISEX), representado por la procuradora doña Isabel Monfort Sáez y asistido por el letrado don José Luis Díaz Caballero, contra el Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática.

Ha sido parte demandada la Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito de 27 de octubre de 2014 el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid don José Luis Díaz Caballero, en nombre y representación del Sindicato SISEX, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada y se dio traslado a la representante procesal de SISEX, a fin de que formulara la demanda.

**TERCERO.-** Evacuando el trámite conferido, la procuradora doña Isabel Monfort Sáez, en representación del sindicato recurrente, presentó escrito de demanda en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, siguiendo los trámites oportunos, dicte sentencia acordando:

- «1. Estimar íntegramente el presente escrito de demanda.
2. Acordar la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada y su consiguiente revocación, por no haber sido sometida su aprobación al necesario proceso de negociación colectiva.
3. Subsidiariamente, acordar la anulabilidad de la resolución impugnada y su consiguiente revocación.
4. Acordar la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada respecto a su capítulo II y su consiguiente revocación.
5. Subsidiariamente, la anulabilidad de la resolución impugnada y su consiguiente revocación.
6. Acordar la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada respecto a su capítulo III y su consiguiente revocación.
7. Subsidiariamente, la anulabilidad de la resolución impugnada y su consiguiente revocación.
8. Acordar la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada respecto a su capítulo IV y su consiguiente revocación.
9. Subsidiariamente, la anulabilidad de la resolución impugnada y su consiguiente revocación.
10. Condenar a la Administración a pasar por dichos pronunciamientos».

Por Otrosí Digo, interesó el recibimiento a prueba, señalando los puntos de hecho sobre los que debería versar y proponiendo los medios a tal fin.

Y, por Segundo Otrosí, pidió trámite de conclusiones.

**CUARTO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 25 de abril de 2016, en el que suplicó a la Sala la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas, dijo, a la parte recurrente.

Por Primer Otrosí Digo, al amparo de lo prevenido en el artículo 60.1 de la Ley de la Jurisdicción, solicitó el recibimiento a prueba y señaló los medios sobre los que versaría. Y, por Segundo, propuso los medios que estimó pertinentes.

**QUINTO.-** Por decreto de 27 de abril de 2016 se fijó la cuantía en indeterminada y, acordado el recibimiento a prueba por auto de 28 de abril de 2016, se admitió y practicó la propuesta.

**SEXTO.-** Evacuado el trámite de conclusiones por las partes, mediante escritos presentados de 11 y 24 de mayo de 2016, incorporados a los autos, se declararon conclusas las actuaciones.



**SÉPTIMO.-** Por providencia de 27 de marzo de 2017 se dejó sin efecto el señalamiento que venía acordado para el siguiente día 28 y, de conformidad con las normas establecidas para el reparto de asuntos entre las Secciones de la Sala, se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta.

**OCTAVO.-** Recibidas y visto el estado en que se encontraban, se convalidaron las practicadas y, mediante providencia de 14 de julio de 2017, se señaló para la votación y fallo el día 24 de octubre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**NOVENO.-** En la fecha acordada, 24 de octubre del corriente, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 2 de noviembre siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- El objeto del presente recurso.

El Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática (Boletín Oficial del Estado del 26), se ha dictado en virtud de la habilitación concedida al Gobierno por la disposición final quinta de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Además de modificar puntualmente el Real Decreto 1475/1987, de 27 de noviembre, por el que se reorganiza la Escuela Diplomática, y derogar las disposiciones a las que sustituye, se dirige, según el artículo 1 del Reglamento aprobado por este Real Decreto, a regular el régimen de ingreso, ascensos, provisión de puestos de trabajo y formación de los funcionarios de la Carrera Diplomática.

A tal fin, define el Cuerpo y sus funciones (artículo 2), establece los procedimientos de ingreso (artículo 3), las categorías (artículo 4), y ascenso (artículos 5 a 13) y las formas de provisión de puestos de trabajo en el extranjero (artículos 14 a 25). Regula la Junta de la Carrera Diplomática (artículos 26 a 29), la provisión de puestos de libre designación en los servicios centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (artículos 30 a 35). También se ocupa del régimen de los Jefes de Misión Diplomática (artículos 36 a 44). En fin, contempla la formación de los funcionarios de la Carrera Diplomática (artículos 45 a 48).

Sus disposiciones adicionales tratan de los funcionarios de la Carrera Diplomática destinados en el Servicio Europeo de Acción Exterior (primera); del uniforme (segunda); y de que las medidas incluidas en el Reglamento no suponen incremento de gasto público (tercera).

Por último, las disposiciones transitorias se dedican a establecer un régimen transitorio del procedimiento de ascenso a la categoría de Consejero de Embajada y Ministro plenipotenciario de tercera clase, la primera; y de la presentación de candidaturas para ocupar una Jefatura de Misión, la segunda.

### SEGUNDO.- La demanda.

El Sindicato Independiente del Servicio Exterior del Estado (SISEX), que se presenta como una de las organizaciones sindicales con mayor representatividad dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y dice contar con un número muy elevado de funcionarios con destino en los servicios centrales del mismo, de personal laboral contratado en exterior y de miembros del Cuerpo Diplomático, nos pide que declaremos nulo este Real Decreto.

Los motivos por los que considera que incurre en causas de nulidad o anulabilidad y formula las pretensiones que hemos recogido en los antecedentes son, en síntesis, los siguientes.

(1º) Sostiene, en primer lugar, que se ha dictado en infracción de los artículos 34 y 37 del Estatuto Básico del Empleado Público y del artículo 28 de la Constitución. La razón determinante de esas vulneraciones es la falta de negociación del contenido del Reglamento con ninguna de las organizaciones sindicales legitimadas, extremo éste, señala, que se comprueba con la lectura del expediente administrativo. Explica que sus preceptos modifican clara y directamente las condiciones de trabajo del personal que compone la Carrera Diplomática, en especial en lo relativo a los sistemas de provisión de puestos de trabajo. Además de los mencionados preceptos legales, invoca en apoyo de su argumento la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2010 (casación 3590/2009).

(2º) Seguidamente, afirma la demanda que el Reglamento vulnera los artículos 36 y 51 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 los artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución. Esta impugnación la refiere el sindicato recurrente al Capítulo III del Reglamento y, en especial, a su artículo 14 porque establece de manera general que el sistema de provisión de puestos de trabajo en el extranjero tenga lugar a través de la libre designación. Recuerda aquí la demanda que, según el artículo 36 del Real Decreto 364/1995, el



concurso es el sistema normal de provisión y que el artículo 51, que también entiende vulnerado, circunscribe la libre designación a una serie de puestos que enuncia y a los de carácter directivo o especial responsabilidad. Además, evoca la jurisprudencia de esta Sala que exige que la Administración motive debidamente la necesidad de ese sistema excepcional. Cita las sentencias de 17 de diciembre de 2008 (casación 596/2005) y 16 de septiembre de 2009 (casación 4874/2005). Y señala que ni en el preámbulo del Real Decreto ni en el expediente se encuentra la necesaria justificación además de referirse a que la sentencia de 2 de febrero de 2016 (recurso 464/2014) muestra el riesgo de que el sistema de libre designación se utilice de forma que pueda derivar en situaciones de "desvío de poder".

(3º) También impugna la demanda el Capítulo II del Reglamento dedicado al sistema de ascensos. A su parecer, la regulación que establece contraviene los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Indica aquí que el Reglamento "lejos de instaurar un sistema real de promoción, basado (...) en el principio de igualdad, mérito y capacidad, dispone un sistema de categorías superpuestas que abren o cierran la posibilidad de acceder a determinados puestos". Luego concreta estos tres reproches: el ascenso en las categorías anteriores se fija en razón de la antigüedad (artículo 8); en las categorías superiores (artículo 9) se exige un examen para el que no se precisan requisitos, parámetros evaluadores ni baremos de calificación; y en el ascenso a embajador (artículo 10) se exige un cúmulo de criterios que se alejan de la llamada potestad discrecional y dificultan, como en los otros casos, la revisión administrativa o judicial.

(4º) Por último, impugna el Capítulo IV del reglamento en lo que se refiere a la Junta de la Carrera Diplomática, cuya regulación, dice, infringe los artículos 34, 37 y 40 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 28 de la Constitución. Para SISEX, los preceptos comprendidos en ese Capítulo incumplen las previsiones de negociación colectiva y representación contempladas por el mencionado Estatuto Básico. Explica al respecto que la Junta de la Carrera Diplomática dispone de plenas competencias para decidir las condiciones de trabajo (funcionales, haberes y sistemas de provisión) del personal al que extiende su ámbito, que las ejerce sin someter sus decisiones a previa negociación y que vacía de contenido la capacidad interventora de la Junta de Personal del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, único órgano representativo, según el artículo 40 del Estatuto Básico.

### **TERCERO.- La contestación a la demanda.**

El Abogado del Estado pide la desestimación del recurso pues, a su entender, el Real Decreto 638/2014 no incurre en las infracciones al ordenamiento jurídico que le reprocha la demanda.

(1º) Así, respecto del reproche de la falta de negociación previa, indica la participación de personal que compone la Carrera Diplomática en la elaboración del Reglamento. En particular, observa que se les comunicó a todos por correo electrónico y se les animó a que expresasen su opinión al respecto. También apunta que se formaron grupos de trabajo en los que intervinieron representantes elegidos de la Junta de la Carrera Diplomática, de la Junta de la Asociación de Diplomáticos Españoles (ADE), integrada en la Federación de Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) a la que pertenece el 65% de los 900 funcionarios diplomáticos en activo, fue la clara vencedora de los comicios de abril de 2011 y está en primer lugar entre los sindicatos representados en el Ministerio.

Añade que después de meses de intensas reuniones de trabajo se consiguió que el texto del Reglamento fuera objeto de consenso. Asimismo, resalta que SISEX, a pesar de su menor representación "ya que no pasaban de 20 los funcionarios diplomáticos" miembros de ese sindicato, fue invitada a participar en los grupos pero rehusó alegando discriminación frente a ADE.

Esto no es obstáculo, precisa el Abogado del Estado, para señalar que el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público no es aplicable porque el Real Decreto se refiere a un cuerpo específico de funcionarios y no al conjunto de los funcionarios públicos o a un sector concreto o a una determinada Administración Pública.

(2º) A propósito de la provisión por libre designación de los puestos de trabajo en el exterior adscritos a la Carrera Diplomática, previa propuesta no vinculante de la Junta de la Carrera Diplomática, alega la contestación a la demanda que el artículo 1.2. b) del Real Decreto 364/1995 excluye de su ámbito de aplicación la provisión de puestos de trabajo en el extranjero. En el mismo sentido invoca los apartados 4 y 5 del artículo 41 de la Ley 2/2014.

Dice, también, que siempre se ha previsto que se cubran de ese modo y observa que el Consejo de Estado indica en su dictamen que la regulación propuesta se ajusta a lo establecido en la legislación relativa al empleo público. También señala que en el artículo 2 –que repite el artículo 55.1 de la Ley 2/2014– se presentan los puestos reservados a la Carrera Diplomática en el exterior como "desempeño de funciones de naturaleza política, diplomáticas y consulares de acuerdo con los convenios internacionales en vigor", lo cual encaja con el artículo 51.2 del Real Decreto 364/1995 que circunscribe la libre designación a los puestos de carácter



directivo o de especial responsabilidad. En este punto recuerda la naturaleza de las funciones de las misiones diplomáticas y consulares y su especial relevancia así como su vulnerabilidad por su reducida dimensión e inevitable aislamiento.

(3º) De los ascensos el Abogado del Estado apunta que se debe destacar la especialidad del Servicio Exterior y el hecho de que los funcionarios diplomáticos desempeñan sus funciones dentro de una carrera. Tacha de subjetivos los reproches efectuados por la demanda además de indicar la escasa representatividad del recurrente y reivindica la potestad organizativa de la Administración. Asimismo, indica que el Consejo de Estado ha destacado que la nueva regulación mantiene el sistema vigente.

Niega igualmente que sea exclusivamente la antigüedad el criterio para resolver los ascensos en las categorías inferiores pues para ascender a cualquier categoría que no sea la de embajador es necesaria una propuesta por mayoría absoluta de la Junta de la Carrera Diplomática además de cumplir determinadas condiciones (artículos 8 y 9). Precisa, también, que en contra de lo que dice la demanda, el artículo 48 establece las características del curso de ascenso que se ha de haber superado para optar al ascenso a Ministro plenipotenciario de tercera clase junto a otros requisitos que fija el artículo 10. En fin, advierte que para el ascenso a la categoría máxima de Embajador el artículo 13 establece las condiciones que deben reunirse y que el Consejo de Ministros no puede ascender a ella a quien no las posea.

(4º) Por último, rechaza la impugnación del Capítulo IV porque, resalta, la Junta de la Carrera es un órgano colegiado que carece de capacidad decisoria y se limita a hacer propuestas no vinculantes y que en los ascensos, salvo a Embajador, ejerce una función consultiva. Nos dice que no es un órgano de negociación colectiva ni, por tanto, pretende suplantar a los llamados a realizarla: las mesas de negociación o la Junta de Personal del Ministerio.

#### **CUARTO.- El juicio de la Sala: procede estimar el recurso.**

El artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público dice lo siguiente:

«1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

(...)

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos».

Esta redacción establecida por la Ley 7/2007, de 12 de abril, vigente cuando se elaboró el Real Decreto 638/2014, permanece ahora en el artículo 37.1 c) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre .

En el expediente obra un informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el que se concluía que el entonces proyecto de Real Decreto no debía someterse a negociación colectiva porque sus preceptos se refieren solamente a un cuerpo específico en vez de recoger criterios generales que se proyectaran al conjunto de los funcionarios públicos o a un sector concreto o a una determinada Administración Pública, tal como dice la contestación a la demanda que, en este punto, recoge lo dicho en ese informe.

Esa interpretación reductiva no es correcta. Tal como precisa el apartado de ese artículo 37.1, la negociación se ha de hacer en el ámbito respectivo el cual habrá de ser en cada caso aquél al que se refieran las normas reglamentarias cuya aprobación se pretende. Y, si la letra c) dice que están sujetas a negociación las normas que fijan los criterios generales, entre otras en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, poca duda puede haber de que el proyecto del que acabaría siendo el Real Decreto 638/2014 estaba sujeto a la exigencia de la negociación.

Ninguna razón hay para sostener que el artículo 37.1 c) no juega en supuestos en los que es solamente un cuerpo funcional el que resulta objeto de negociación. Esa interpretación, además de no ajustarse al precepto no es la más favorable a la efectividad de un derecho que supone un contenido adicional a la libertad sindical garantizada por el artículo 28.1 de la Constitución , según ha dicho el Tribunal Constitucional en sus sentencias 80/2000 y 222/2005 .

Sobre esta obligatoriedad de la negociación se ha pronunciado la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 10 de diciembre de 2014 (casación nº 5085/2011 ). Esa misma jurisprudencia ha señalado también que la omisión de la negociación cuando, conforme al artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público o de las disposiciones que lo precedieron, es obligatoria supone un vicio de nulidad. En este sentido, se pueden recordar las sentencias dictadas en los recursos de casación 2590/2009 , 3105/2012 , 926/2012 y 514/2013 .



Ahora bien, el Abogado del Estado viene a decirnos que, en realidad, esa negociación existió pues con la invitación efectuada por la Administración mediante cartas y correos electrónicos y con la participación de ADE en los grupos de trabajo se habría llevado a cabo efectivamente. Así, pues, según la contestación a la demanda, aunque no se convocara formalmente la negociación del proyecto, materialmente se produjo y, si SISEX no intervino en ella, fue porque no quiso.

Sucede, sin embargo, que ni en el expediente ni en las actuaciones hay constancia de que se ofreciera a SISEX participar en las actuaciones que describe la contestación a la demanda. En el primero solamente obran las copias de las cartas dirigidas a los funcionarios de la Carrera Diplomática y unas "alegaciones" de ADE. Y, en las segundas no aparece el documento al que la contestación a la demanda y el escrito de conclusiones del Abogado del Estado se refieren como el nº 4 de los que acompañan a aquella y que consistiría en la copia de un correo electrónico de un funcionario diplomático expresándose por SISEX y renunciando a participar en los grupos de trabajo.

Fuera como fuera, incluso aceptando los hechos descritos por el Abogado del Estado, la conclusión que se impone no cambia. La negociación contemplada por el Estatuto Básico del Empleado es un derecho de las organizaciones sindicales y no cuestión de invitación más o menos informal. Debe, por el contrario, realizarse observando las pautas que recuerda la sentencia alegada por el recurrente –la de 21 de octubre de 2010 (casación 3590/2009)– y en las que se detiene también la de 30 de noviembre de 2011 (casación 6505/2008). Es decir, hace falta que "se haya ofrecido a los representantes de los funcionarios, a través de un debate realizado en condiciones de igualdad y realmente contradictorio, la posibilidad de participar en el proceso de formación de la decisión administrativa que esté legalmente sujeta a la necesidad de dicha negociación".

La negociación colectiva no consiste, pues, en la consulta o en la mera audiencia. No se satisface con cualquier intercambio de información ni con la presentación de ideas o sugerencias. Tampoco se identifica, por tanto, con la participación en unos grupos de trabajo informales ni se satisface por contar con el parecer de la organización más representativa. La negociación colectiva requiere una mínima formalización. En los supuestos en los que la exige el legislador, debe dar lugar a un trámite o fase en el procedimiento en la que se convoque a todos los legitimados para participar en ella a negociar con la Administración. No comporta, naturalmente, la aceptación de las posiciones sindicales pero sí implica la posibilidad de que se expongan y debatan en las condiciones de igualdad y contradicción señaladas. Y no consta que se haya obrado así en este caso.

En definitiva, la omisión de la negociación requerida por el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público, determina la nulidad del Real Decreto sin que sea ya preciso entrar en el examen de los demás motivos de la demanda.

#### **QUINTO.- Costas.**

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, imponemos a la Administración las costas de este recurso. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 2.000 €.

#### **FALLO**

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

1º Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 3816/2015, interpuesto por el Sindicato Independiente del Servicio Exterior del Estado (SISEX) y declaramos la nulidad del Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática.

2º Imponer a la Administración las costas de este recurso en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

3º Disponer la publicación en el Boletín Oficial del Estado de esta sentencia conforme al artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.