

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN**  
**Sala de lo Contencioso-administrativo de**  
**VALLADOLID**  
**Sección Primera**

SENTENCIA: 00223/2017

**Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000561 /2016**

Sobre: FUNCION PUBLICA

De SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (C.G.T.)  
Representación: D. SALVADOR SIMO MARTINEZ  
Abogado: D. OSCAR MARTINEZ GONZALEZ

Contra D.<sup>a</sup> RUTH VAQUERO RODRIGUEZ, CONSEJERA DE HACIENDA. VICECONSEJERIA DE FUNCION PUBLICA Y  
MODERNIZACION JCYL ,  
Abogados: D.<sup>a</sup> CRISTINA VELASCO BUSTOS, LETRADO DE LA COMUNIDAD

**SENTENCIA N.º 223**

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE:**

DOÑA ANA M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ OLALLA

**MAGISTRADOS:**

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a veintiuno de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid el recurso de apelación número 561/2016, dimanante del recurso contencioso-administrativo n.º 164/2015, procedimiento abreviado, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número Uno de Valladolid, interpuesto por el Sindicato Confederación General del Trabajo (C.G.T.), representada en esta segunda instancia por el Procurador Sr. Simó Martínez, siendo parte apelada la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por Letrado de sus servicios jurídicos, siendo objeto de apelación la sentencia del referido Juzgado de 8 de julio de 2016 y habiéndose seguido el procedimiento previsto para el recurso de apelación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número Uno de Valladolid de fecha 8 de julio de 2016, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"QUE DESESTIMANDO el recurso interpuesto por el Letrado/a D. Oscar Martínez González, en nombre y representación del SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO- C.G.T., contra la resolución de 29 de mayo de 2015 de la Viceconsejería de Función Pública y Modernización por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 5 de diciembre de 2014 por la que se convoca concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo reservados al Personal Funcionario de los Subgrupos A1, A2, C1 y C2 pertenecientes a los Cuerpos Superior, de Gestión, Administrativo y Auxiliar y de otros Cuerpos y Escalas de la Administración especial en el ámbito de la Administración general de la Comunidad de Castilla y León y de sus Organismos Autónomos, DECLARO las resoluciones recurridas ajustadas a derecho.

*Procede la expresa condena en costas de la parte recurrente."*

**SEGUNDO.** Una vez formalizado el recurso fue remitido a la Sala por el Juzgado por escrito de 4 de noviembre de 2016, formándose rollo de apelación que fue registrado con el n.º 561/2016.

**TERCERO.** Se señaló para votación y fallo el día 8 de febrero de 2017.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El presente recurso de apelación se ha interpuesto frente a sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número Uno de Valladolid de fecha 8 de julio de 2016, la cual desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el sindicato apelante en esta "litis", frente a la resolución de 29 de mayo de 2015 de la Viceconsejería de Función Pública y Modernización, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 5 de diciembre de 2014 mediante la que se convocaba concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo reservados al Personal Funcionario de los Subgrupos A1, A2, C1 y C2 pertenecientes a los Cuerpos Superior, de Gestión, Administrativo y Auxiliar y de otros Cuerpos y Escalas de la Administración especial en el ámbito de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de sus Organismos Autónomos.

Los distintos motivos de impugnación que son esgrimidos frente a lo razonado en la sentencia apelada serán analizados en los apartados siguientes.

**SEGUNDO.** El primer motivo de impugnación de la sentencia apelada, que en la primera instancia se expuso como motivo de impugnación del acto recurrido se refiere a infracción del artículo 79.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP; del artículo 52.3 del Decreto 67/1999, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal y de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios al servicio de la Administración de la Comunidad de

Castilla y León; y del artículo 50.4 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Función Pública de Castilla y León, preceptos relativos a los requisitos de participación en el concurso de méritos. En relación con este motivo de impugnación en el suplico de la demanda se solicita se declare la nulidad de la Base Segunda, punto 4, de la convocatoria en relación al requisito de haber transcurrido un mínimo de dos años desde la toma de posesión del último destino definitivo obtenido por cualquier forma de provisión legalmente establecida, y ello por entender que es contrario a derecho, debiendo entenderse que dicho requisito deberá exigir el transcurso de un mínimo de dos años de permanencia u ocupación efectiva en el último destino definitivo obtenido.

La Base Segunda punto 4 de la convocatoria, a que se refiere la impugnación dispone:

*"Los concursantes que participen con carácter voluntario en esta convocatoria sólo podrán hacerlo si ha transcurrido un mínimo de dos años desde la toma de posesión del último destino definitivo obtenido por cualquier forma de provisión legalmente establecida, salvo en el ámbito de la misma Consejería en que radique el puesto definitivo o en los supuestos de remoción del puesto de trabajo, supresión del mismo o cese en un puesto obtenido por el sistema de libre designación".*

Sobre esta cuestión se han de reiterar los argumentos de la sentencia apelada en la que se expresa sobre el particular lo siguiente:

*"...el punto 4 de la Base Segunda de la convocatoria no hace referencia el término "permanecer" utilizado en la normativa de aplicación. La Administración demandada se opone al motivo de impugnación en base al Informe emitido por el Servicio de Selección y Provisión, que viene a decir que esta interpretación dada por la parte recurrente "supondría ignorar los derechos a la carrera administrativa adquiridos por los funcionarios que hubieran obtenido un puesto de trabajo definitivo por los procedimientos legalmente establecidos (...) y se llegaría al absurdo de no tomar en consideración los períodos de tiempo en los que estos funcionarios no desempeñasen efectivamente su puesto definitivo por las más variadas circunstancias, no sólo en los supuestos de servir otro puesto en comisión de servicios, sino también durante el tiempo de permanencia en las situaciones de excedencia por cuidado de familiares, servicios especiales y otras que conlleven la reserva de puesto de trabajo, el tiempo de disfrute de licencias y permisos que implican la ausencia del puesto (enfermedad, vacaciones, asuntos propios, licencias por asuntos sindicales, etc)".*

*Por su parte, el artículo 52.3 del Decreto 67/1999 de 15 de abril por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal y de provisión de puestos de trabajo de los Funcionarios al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, dice: "Los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo de destino definitivo un mínimo de dos años para poder participar en los*

concursos, salvo en el ámbito de la misma Consejería o en los supuestos de remoción del puesto de trabajo, supresión del mismo o cese de un puesto de libre designación”.

Y el artículo 50.4 de la Ley 7/2005 de 24 de mayo de la Función Pública de Castilla y León, añade: “Los funcionarios deberán permanecer en cada puesto de trabajo de destino definitivo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos, salvo en el ámbito de la misma Consejería o en los supuestos de remoción del puesto de trabajo, supresión del mismo o cese en un puesto de libre designación.

A estos efectos, a los funcionarios que accedan a otro Cuerpo o Escala por promoción interna o por integración y permanezcan en el puesto de trabajo que desempeñaban se les computará el tiempo de servicios prestado en dicho puesto en el Cuerpo o Escala de procedencia”.

Es decir, ninguno de los preceptos invocados como vulnerados por la Base Segunda punto 4, anuda expresamente el término “permanecer” con la “efectiva y real ocupación del puesto de trabajo por el período de dos años”, como interpreta la parte actora.

Hay que tener en cuenta que la fecha de la toma de posesión es la que determina la producción de todos los efectos tanto económicos como profesionales del funcionario (p.ej. sentencia de la sala de lo contencioso del TSJ de Madrid, Sección 3ª, de 6 de noviembre de 2014, nº 635/2014, recurso 159/2013, Pte: Dª María Fátima Arana Azpitarte); y, como señala la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, en sentencia de 11 de marzo de 2003, recurso 57/2002, Pte: Dª Isabel García García-Blanco, “una cosa es estar destinado, lo que se produce con la resolución del concurso cuya finalidad es precisamente esa, la adjudicación de destinos poniendo fin al procedimiento de provisión de puestos de trabajo, y otra distinta es el desempeño del puesto o toma de posesión del mismo, que tendrá sus efectos en orden a la valoración de servicios efectivos o de la carrera funcional si no llega a producirse, pero que constituye un acto posterior al nombramiento para el puesto o destino, que es el acto por el cual el funcionario resulta adjudicatario del puesto o destinado al mismo, lo que permite al legislador señalar tal momento como fecha del inicio del plazo establecido para poder concursar”, lo que, como continúa diciendo la referida sentencia, evita “situaciones individualizadas que pudieran alterar el régimen de participación en tales procedimientos”.

Lo expuesto pone de manifiesto que la redacción de la Base Segunda punto 4 no es contraria a los preceptos invocados, en la medida en que la toma de posesión del último destino definitivo determina el efectivo desempeño del puesto por parte del funcionario, cuestión ésta que es acorde con la redacción de los artículos 52.3 del Decreto 67/1999 y 50.4 de la Ley 7/2005 de 24 de mayo de la Función Pública de Castilla y León, no apreciándose en consecuencia el motivo de impugnación planteado”.

La precedente argumentación es plenamente asumida en esta segunda instancia en cuanto que claramente el tenor literal del precepto citado el artículo 50.4 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, se está refiriendo a que se permanezca en el destino definitivo durante un plazo mínimo de dos años, y tal destino definitivo no puede ser otro que el conferido mediante los sistemas de provisión ordinarios previstos en el artículo 48 de la Ley 7/2005, de la Función Pública de Castilla y León, sistemas estos que confieren el derecho al desempeño del puesto de trabajo así provisto, frente a los sistemas de provisión de carácter temporal, que obligan a la provisión del puesto así ocupado por los sistemas de provisión ordinarios (artículo 56 de la Ley 7/2005) y que en sí mismos no confieren la titularidad del puesto así desempeñado. La titularidad del destino definitivo no conlleva necesariamente que se desempeñe efectivamente el puesto y no empece a la posibilidad de que se desempeñen destinos de carácter temporal cuando concurren los requisitos que para su provisión establece la normativa de aplicación.

**TERCERO.** El segundo motivo de impugnación denuncia la infracción de los artículos 78.2, 79.1 y 84.1 de la Ley 7/2007 del EBEP, y de los artículos 48 y 49.1 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, así como los artículos 46.1, 47 y 49 del Decreto 67/1999, por no haber sido objeto de la oportuna oferta las plazas abiertas a otras administraciones públicas que cumplen con los requisitos establecidos en la convocatoria y que, por tanto, deberían haber sido ofertadas.

Los preceptos específicamente aplicables a este supuesto son los siguientes:

-Artículo 84.1 del EBEP que es del siguiente tenor literal: *"Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración"*.

-El artículo 48.4 de la Ley de la Función Pública de Castilla y León, dice así:

*"Podrán participar en las convocatorias públicas para la provisión de puestos de trabajo, los funcionarios de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, cualquiera que sea su situación administrativa y siempre que reúnan las condiciones generales exigidas y los requisitos determinados en la convocatoria, con la excepción de los suspensos en firme mientras dure la suspensión"*.

-El artículo 49.1 de la Ley de la Función Pública de Castilla y León dispone:

*"Se garantiza, de acuerdo con el principio de reciprocidad y de conformidad con lo dispuesto en la legislación básica del Estado, el derecho de los funcionarios de otras Administraciones Públicas a acceder a los puestos de trabajo de la Administración de la"*

*Comunidad de Castilla y León, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo”.*

*-El artículo 47 del Decreto 67/1999 prevé lo siguiente: “Los funcionarios de cualquier Administración Pública podrán acceder a los puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad de Castilla y León a través de los procedimientos de concurso y libre designación, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo y en las correspondientes convocatorias”.*

La sentencia apelada razona la exclusión de la posibilidad de participación de funcionarios de otras administraciones públicas en lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, relativo al ámbito de la convocatoria, y en lo establecido como justificación de la convocatoria en la parte expositiva de la misma.

Ello, así, está en conexión con la justificación general que se efectúa, para no proveer la totalidad de los puestos vacantes, y específicamente la no incorporación de nuevo personal al ámbito de la Administración de la Comunidad autónoma de Castilla y León se justifica muy escuetamente en la exposición de motivos de la convocatoria en relación con las medidas extraordinarias de contención del gasto público.

**CUARTO.** De esta forma, la cuestión que se suscita en relación con el motivo de impugnación acotado en el precedente fundamento de derecho es si se encuentra justificada la exclusión de la movilidad interadministrativa, abriendo la provisión de puestos a funcionarios de otras administraciones públicas cuya aplicación deriva, entre otros preceptos del antes citado artículo 49.1 de la Ley de la Función Pública de Castilla y León y el artículo 84 del Estatuto Base del Empleado Público, actualmente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que coincide en lo sustancial con la redacción que se contenía en la Ley 7/2007.

Al respecto se ha de decir que por más que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fijando la doctrina legal, en la sentencia dictada en interés de ley de 12 de mayo de 1994, el derecho de movilidad horizontal se encuentra debilitado, subordinado al interés público que demanda la mejor utilización de los recursos humanos, que puede ser restringido por una potestad a las Administraciones por razones de interés general que a ellas corresponde valorar -siendo siempre fiscalizable el ejercicio de dicha potestad por los órganos jurisdiccionales-, es lo cierto que en el presente caso no concurre ninguna causa justificada que pueda impedir el ejercicio de la forma de provisión de los puestos en que así está establecido, y al respecto se pueden dar los siguientes argumentos:

-1°. Que la determinación de qué puestos se encuentren abiertos a la provisión por los funcionarios de otras Administraciones Públicas, como se establece en el citado artículo 49.1 de la Ley de

la Función Pública de Castilla y León, se encuentra establecido en las Relaciones de Puestos de Trabajo. Por lo tanto, será por imperativo de lo dispuesto en este instrumento de ordenación de personal que la forma de provisión deberá ser la establecida en la misma.

-2°. Las restricciones a la cobertura de la totalidad de las plazas deberán ser, así, las que genéricamente se puedan establecer para todos los sistemas de provisión en la convocatoria, mediante el establecimiento de causas motivadas que justifiquen el principio general de provisión de todas las vacantes en los términos generales a los que posteriormente nos referiremos.

-3°. En el presente caso la mera alusión a la restricción del déficit público, no puede entenderse que justifique la completa ablación del derecho, pues se trata de una mera afirmación genérica, teniendo en cuenta que ningún incremento de personal deriva de la mera aplicación de un sistema de provisión, ya que se trata de plazas creadas en la correspondiente Relación de Puestos, como tales dotadas presupuestariamente en la Plantilla Orgánica que es accesoria de aquélla (en los términos que derivan del artículo 21 de la reiterada Ley de la Función Pública de Castilla y León). De esta forma ha de entenderse que, a salvo de otra prueba específica sobre el particular, los puestos por definición han de estar dotados presupuestariamente, e incluso ha de entenderse que se encuentran provistos, ya sea en formas de provisión temporal o ya a través de funcionarios interinos, pues los puestos existen para su efectivo desempeño, no pudiendo entenderse que existan en el vacío sin ejercicio de las funciones derivadas de los mismos. Por ello de la provisión a realizar en la forma postulada no debe derivar ningún incremento de gasto sobre el que ya debe estar consignado presupuestariamente a los fines de provisión previstos.

-4°. Se encuentra, además, acreditado que múltiples puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma -según deriva de las copias de los boletines de dicha Comunidad en que se anuncian las convocatorias que se han aportado con la demanda- han sido convocados por el sistema de libre designación en forma abierta a funcionarios de otras administraciones públicas, lo que es demostrativo de que las escuetas causas alegadas sobre necesidad de restricción del gasto público no se ajustan a la realidad.

De conformidad con ello ha de entenderse que no concurre realmente ninguna justificación que permita tener por acreditada la exención del principio general de provisión de los puestos de trabajo en la forma prevista en las Relaciones de Puestos de Trabajo de aplicación.

El motivo de impugnación, deberá ser, consiguientemente, estimado, derivando de ello, en los términos que posteriormente serán razonados, la obligación de convocar mediante concurso abierto a funcionarios de otras administraciones los puestos de trabajo en que así se encuentra previsto en las Relaciones de Puestos.

**QUINTO.** En el tercer motivo de impugnación se denuncia la infracción de los artículos 9.3, 23.2 y 103.3 de la CE, así como el artículo 48 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Función Pública de Castilla y León, de los artículos 46.1, 47 y 49 del Decreto 67/1999, y de los artículos 78.2 y 79.1 de la Ley 7/2007 del EBEP, pues no se han convocado todos los puestos de trabajo que cumplen los requisitos establecidos en la convocatoria para ser ofertados. En concreto: no se ofertaron todos los puestos de trabajo vacantes sin titular que se encontraban ocupados mediante una modalidad de provisión temporal.

En la demanda, más precisa en este extremo, se expresa asimismo que no se acreditaron y no se motivaron los criterios de inclusión ni exclusión de las plazas vacantes producidas, entendiéndose que la obligación de la Administración de motivación de las causas que justifican la exclusión de la convocatoria deviene arbitraria, con cita de la sentencia de este Tribunal 695/2012, de 9 de octubre. Esto en sí mismo es demostrativo -frente a lo que se alega por el Letrado de la Administración en el escrito de impugnación del recurso de apelación- de que no se han aceptado por el Sindicato apelante los criterios seguidos en la convocatoria para justificar la exclusión de puestos vacantes, pues al contrario ha de entenderse que dicha parte niega la validez de estos criterios, aunque luego dirija su actividad probatoria a demostrar que incluso estos no han sido seguidos en la práctica.

La sentencia apelada, citando la sentencia de esta Sala de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, reputa que en el caso analizado se encuentra justificada la existencia de vacantes susceptibles de no ser convocadas en la forma que se determina en la convocatoria.

La justificación que se expresa en la referida sentencia de la Sala ha de entenderse que se refiere en lo esencial a que en el caso analizado no se encontraba acreditada la existencia de una prueba concreta sobre las vacantes existentes, que justificara la necesidad de su provisión, razonando al respecto lo siguiente:

*"Hay que reiterar que, como señala la parte apelada, de la documentación que obra en autos resulta justificados los puestos de trabajo objeto de convocatoria, sin que por la parte actora se haya acreditado que haya otros puestos que en el marco legal de ese concurso deban ser objeto de convocatoria.*

*Ciertamente cabe sostener que en principio la Administración debe sacar a concurso los puestos de trabajo que estén vacantes, salvo que concurran circunstancias que justifiquen lo contrario, imponiéndose por lo tanto un deber de motivación para que los Tribunales puedan ejercer su función de control".*

La quintaesencia de la cuestión debatida ha de entenderse que se encuentra en los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007 (Rec. 9458/2004), que es citada en la

sentencia de la Sala referida, sentencia esta que se expresa en los términos siguientes:

*"En resumen la posición de la Sala puede resumirse en los siguientes puntos: 1.- La Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización puede decidir que determinadas plazas no se saquen a concurso. 2.- Que, sin embargo, para evitar la arbitrariedad, la Administración está obligada a dar las razones de interés general por la que dichas plazas no se sacan a concurso, pues sólo así no se lesiona el art. 23.2 de la Constitución, en relación con el art 14 de la misma norma, de quienes poseen legítimas expectativas en la obtención de dichas plazas. 3.- Que una de las razones que esta Sala ha considerado como legítima a la hora de justificar que determinadas plazas no se saquen a concurso es la posibilidad de que la misma está afecta a un proceso de consolidación de empleo regulado en la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP".*

De esta forma, dadas las peculiaridades del caso contemplado sobre el previsto en la sentencia referida, en cuanto que en el presente caso ha existido una amplia actividad probatoria sobre la existencia de determinadas vacantes no incluidas en el procedimiento de provisión, a veces incluso en contra de los propios criterios definidos en la convocatoria, ha de entenderse que el supuesto fáctico y actividad probatoria desplegada por las partes no coincide con el que se contemplaba en aquella sentencia. Por ello hemos de efectuar un análisis de la específica situación contemplada en el caso que ahora analizamos comenzando por la motivación establecida en la convocatoria para excepcionar la provisión de todos los puestos vacantes, y posteriormente determinar si las causas invocadas, con el referente de las vacantes en realidad no convocadas, justifica realmente la excepción al principio general de necesidad de convocar todas las reiteradas vacantes existentes.

**SEXTO.** Como consideraciones de carácter general hemos de aludir a lo que se expresaba en la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2013, en la que se analizaba una cuestión que tiene similitud con la ahora analizada, desde la óptica de la prioridad de la convocatoria de puestos de trabajo ofertándolos a los funcionarios de carrera frente a los funcionarios de nuevo ingreso, en aplicación del contenido del artículo 20.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, reguladora de la Función Pública de Castilla y León, en la que -aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007, antes citada- se expresaba que el derecho a la movilidad horizontal de los funcionarios estatutarios se ha de hacer efectivo a través de la posibilidad de su participación en los concursos para la provisión de puestos de trabajo. Este derecho que no es absoluto, puede ser objeto de matizaciones, a lo que responde la excepción contenida en el artículo citado 20.3 de la Ley autonómica 7/2005, que no exige que la totalidad de los puestos ofertados a los funcionarios de nuevo ingreso hayan sido previamente incluidos en previos procedimientos de provisión a quienes ya eran anteriormente funcionarios. En todo caso, conforme a lo razonado en dicha sentencia, no puede ser negada la posibilidad "in genere" de

participar en los procesos de provisión, como establece la norma antes citada, debiendo ser en todo reconocible el derecho a la movilidad de los funcionarios preexistentes, expresando que la oferta de puestos de trabajo a funcionarios de nuevo ingreso no puede efectuarse en una forma tal que haga ilusoria la posibilidad de participar en los puestos vacantes por parte de quienes ya ostentasen previamente la condición de funcionarios.

Desde esta perspectiva se considera que la no oferta previa de puestos de trabajo, a los funcionarios de la Administración, ofertándolos a los funcionarios de nuevo ingreso constituye una excepción al principio general que consagra el derecho de movilidad de los funcionarios públicos, con perfiles de derecho constitucional subsumible en el derecho a acceso a funciones y cargos públicos -también afectante a la provisión del puesto de trabajo en la forma que deriva del artículo 23.2 de la Constitución Española, en la interpretación jurisprudencial efectuada en la sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007- En dicha sentencia se viene a expresar, desde la óptica de la vulneración del expresado derecho que es la perspectiva contemplada en la misma, que los principios de mérito y capacidad, exigen que los funcionarios con mayor antigüedad y experiencia han de tener prioridad para el desempeño del puesto vacante pues obviamente los funcionarios de nuevo ingreso, tienen unos méritos inferiores o no se ha contrastado otra cosa, en el correspondiente procedimiento de provisión que es donde se ha de constatar la mayor idoneidad de cada funcionario para el desempeño del puesto.

La expresada sentencia reitera que la excepción al principio general de cobertura de puestos por los funcionarios, deberá en todo caso estar debidamente motivada y justificada, en forma tal que sea el interés público, que ha de presidir todo el actuar administrativo, el que justifique dicha excepción. Tal motivación permitirá en todo caso revisar la causa del acto por la jurisdicción contenciosa, en forma tal que permita corroborar que dicha motivación justifica efectivamente que la excepción es atendible por razones de interés público.

Los precedentes motivos son de aplicación al supuesto que es analizado en esta "litis", dada la similitud de los supuestos contemplados en una y otra sentencia.

Las previsiones contenidas en el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, habilitan para la convocatoria de concursos de provisión sectoriales, con un ámbito de cobertura dirigido a áreas, sectores o Consejerías y Organismos, mas ello no habilita a interpretar que dentro de este ámbito restringido del concurso, no se deban convocar la totalidad de los puestos comprendidos en dichos ámbitos de cobertura. El que esta posibilidad pueda ser ordinaria, al suprimirse en la redacción vigente el término excepcional, no habilita a restringir inmotivadamente los puestos objeto de provisión en el ámbito definido en la convocatoria.

Por otro lado, la referencia que efectúa el precepto a las "necesidades del servicio" que en puridad se está refiriendo a la justificación de concursos referidos a ámbitos concretos, aunque se entendiera referida a puestos específicos debería estar siempre justificada en el procedimiento administrativo, a través de los estudios e informes pertinentes, y en la propia convocatoria, lo que permitirá la revisión jurisdiccional de los motivos expresados que siempre, conforme anteriormente se ha razonado, deben entenderse como excepción al principio general de provisión. La mera invocación de las necesidades del servicio realizada de forma genérica en el preámbulo de la convocatoria, sin concreción de cuáles sean estas necesidades, no puede entenderse que constituya la especial motivación requerida.

**SÉPTIMO.** Efectuado el precedente planteamiento de carácter general se ha de analizar si se han justificado debidamente las excepciones al principio general de provisión. La justificación de dichas excepciones se contienen en el preámbulo de la convocatoria, efectuada por la Resolución de 5 de diciembre de 2014, de la Viceconsejería de Función Pública y Modernización, por la que se convoca concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo reservados al personal funcionario de los Subgrupos A1, A2, C1 y C2 perteneciente a los Cuerpos Superior, de Gestión, Administrativo y Auxiliar y Otros Cuerpos y Escalas de Administración Especial, en el ámbito de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de sus Organismos Autónomos, en el que se expresa lo siguiente:

*"Igualmente, el artículo 50 de la citada Ley 7/2005, de 24 de mayo, de conformidad con la redacción dada por la Ley 9/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, en su apartado primero señala que los concursos podrán convocarse para la provisión de puestos de trabajo referidos a vacantes de uno o más cuerpos o escalas, en atención a las necesidades del servicio.*

....

*En cumplimiento de lo anterior, esta Viceconsejería, en el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas, ha estimado oportuno proceder a la convocatoria para la provisión con carácter definitivo de aquellos puestos de trabajo adscritos a los Cuerpos de Administración General, y en determinados casos adscritos y compartidos con otros Cuerpos y Escalas de Administración Especial, vacantes sin titular y que, en la actualidad, se encuentran ocupados bajo cualquier modalidad de provisión temporal, así como aquellos, que habiendo resultado vacantes en los dos últimos años, su cobertura definitiva se estima estrictamente necesaria, para que no se produzca merma alguna de la calidad en la prestación de los servicios públicos. Además, serán objeto de convocatoria los puestos que, aun llevando vacantes más de dos años, presentan especiales dificultades de cobertura al encontrarse ubicados en localidades distintas de la capital de provincia".*

Si hacemos una exégesis de las causas de justificación establecidas en el preámbulo estas son las siguientes:

1º. *Vacantes sin titular y que, en la actualidad, se encuentran ocupados bajo cualquier modalidad de provisión temporal.*

2º. *Que habiendo resultado vacantes en los dos últimos años, su cobertura definitiva se estima estrictamente necesaria, para que no se produzca merma alguna de la calidad en la prestación de los servicios públicos.*

3º *Los puestos que, aun llevando vacantes más de dos años, presentan especiales dificultades de cobertura al encontrarse ubicados en localidades distintas de la capital de provincia.*

Ya puede afirmarse de forma inicial sobre esta cuestión que las causas de justificación invocadas son sumamente deficientes en los motivos contenidos en los precedentes apartados 2 y 3. Así, respecto al 2 porque no existe un criterio fijado en términos generales que permita obtener un resultado unívoco y uniforme, sino que, por el contrario, tanto permite llegar a una solución como la contraria, pues aunque la idea de vacante por un tiempo menor a los dos años, pudiera entenderse en sí misma objetivada, una vez que a la misma se le hace una excepción tan vaga y difusa como es que su cobertura "se estima estrictamente necesaria" se puede llegar en la práctica a cualquier resultado, permitiendo una habilitación omnimoda a la Administración para llegar a cualquier solución posible.

El criterio contenido en el apartado 1 ha de entenderse también incompleto, al referirse a puestos provistos por funcionarios, artículo 56 de la Ley 7/2005, mas no respecto a los provistos por funcionarios interinos, a los que también debiera referirse la convocatoria.

El criterio de no provisión de vacantes sin cobertura durante un período superior a los dos años, se encuentra aún menos justificado, pues el criterio es todavía menos preciso, ya que todo puesto postula su cobertura por funcionarios en las formas ordinarias, y la no provisión del puesto durante el período contemplado superior a los dos años por un titular, habría de abocar, ante la imposibilidad de provisión temporal por funcionarios en propiedad -en otro caso se encontraría dentro del supuesto primero-, a su provisión por funcionarios interinos, ya que lo contrario es conceptualmente imposible, pues todo puesto postula -por su propia naturaleza- el desempeño de las funciones que le están encomendadas al mismo, y de no estar provisto en períodos de larga duración, ello sería demostrativo de su no necesidad para el servicio público y exigiría su amortización. Lo normal sería, por lo tanto, establecer como previsión general la que se prevé como excepción ante la norma general de no provisión, que es la prevista respecto a puestos que no radiquen en la capital de provincia por sus dificultades de cobertura, lo que tampoco se ha visto seguido en la práctica, según se encarga de corroborar la prueba practicada en autos, según se

analizará a continuación. Es decir, en el supuesto ahora analizado, solo se prevé una provisión de forma excepcional por las especiales dificultades de cobertura del puesto, lo que parece legitimar la forma de provisión temporal o a través de funcionarios interinos de todas las hipótesis ordinarias, aquellas en que no está presente la causa de provisión aludida, las especiales dificultades de cobertura expresadas como justificación, cuando lo que ha de justificarse es lo contrario, la excepción de no provisión ordinaria.

**OCTAVO.** La prueba practicada corrobora que los criterios diseñados en el preámbulo no han sido en múltiples casos seguidos en la propia convocatoria, lo que es demostrativo de la inconsistencia de estos criterios para su interpretación y aplicación práctica. Así, hay que tener en cuenta que frente al listado de plazas no cubiertas que se efectuó por la parte demandante se aportó por la demandada -a solicitud de la demandante- un informe de 22 de diciembre de 2015 que ya es demostrativo de que el propio criterio fijado no ha sido seguido en múltiples casos pese a encontrarse en situación de prolongada desocupación, al ser "puestos de estructura orgánica" o por "insuficiencia de personal en el área jurídica o de recursos en los Servicios Territoriales de las Consejerías de Fomento y Medio Ambiente y de Agricultura y Ganadería en Ávila, Segovia, Soria y Valladolid". El informe aportado en período de prueba por la Administración es así mismo demostrativo de que existen excepciones a la convocatoria de puestos, incluso siguiendo los criterios establecidos con carácter general en la convocatoria, como son los relativos a la existencia de proyectos de modificación de las relaciones de puestos de trabajo; puestos o dependencias que se encuentran cerrados en la Consejería de Agricultura y Ganadería; puestos pendientes de reorganización en laboratorios de control de calidad de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente por falta de actividad; y se reitera que se han incluido determinados puestos que no cumplen los requisitos establecidos -de desocupación de larga duración- en los Servicios Territoriales de las Consejerías de Fomento y Medio Ambiente y de Agricultura y Ganadería en Ávila, Segovia, Soria y Valladolid.

Dadas las dificultades probatorias ínsitas para la acreditación de todas estas circunstancias por la parte demandante, a la que bastaría con negar la falta de cobertura de los puestos, ya que la situación interna de provisión es de difícil conocimiento por la misma, debiendo ser la Administración quien acredite lo procedente sobre su provisión, en el recurso de apelación se ha insistido por dicha parte en la falta de cobertura de puestos vacantes, incluso siguiendo los criterios establecidos en la convocatoria, ello ha determinado que la Administración aportara un nuevo informe al formular el escrito de oposición a la apelación. Este documento aportado, no reuniría, obviamente, pese a estar unido a las actuaciones los requisitos que para su admisión derivan del artículo 271.2 LEC, a tenor de la naturaleza del recurso de apelación, en el que se ha de efectuar un juicio crítico a la sentencia apelada, sin posibilidad de plantear cuestiones nuevas, aportando documentos

nuevos, aunque solo fuera por la imposibilidad de que fueran rebatidos por la parte apelante.

No obstante, de todo lo actuado se desprende que los puestos realmente convocados en la convocatoria han contenido excepciones respecto a los propios criterios contenidos en la misma, lo que es también demostrativo de la propia inconsistencia de los criterios.

A tenor de los razonamientos precedentes el motivo de impugnación deberá ser estimado, por entender que no está debidamente justificadas las excepciones al principio general de cobertura que se contienen en las bases de la convocatoria.

**NOVENO.** En atención a los razonamientos precedentes la convocatoria ha de ser anulada, mas el contenido de la declaración de nulidad ha de ser solo parcial en aplicación del principio de conservación contenido en el artículo 66 de la Ley 30/1992. Es ello así porque si lo que se está es determinando la obligación de provisión de todas las vacantes existentes, salvo que se justifique alguna excepción válida para ello, las vacantes que han sido provistas, siempre lo habrían sido pese a una cobertura más amplia, y la declaración de una nulidad total causaría graves perjuicios a los funcionarios que han accedido a los puestos provistos y a la correcta y adecuada prestación de servicios, por lo que han de respetarse estas situaciones ya consolidadas.

De esta forma ha de procederse en ejecución de sentencia a efectuar un nuevo concurso con todas las vacantes existentes en la Administración de la Comunidad Autónoma en el mismo ámbito objetivo para el que se procedió a la cobertura anulada, con la única excepción de aquellos puestos de trabajo que fueron objeto de amortización o modificación que ha de estar justificada objetivamente mediante proyectos válidos de modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo.

Analizados los boletines de la Administración autonómica se ha podido comprobar que el concurso se resolvió definitivamente por la Orden PRE/844/2015, de 8 de octubre, por lo que los funcionarios que obtuvieron destino no contarían con el límite mínimo de los dos años exigido para participar en el nuevo concurso objeto de convocatoria, pero teniendo en cuenta que en realidad se trata de ampliar las plazas de la convocatoria originaria, dada la interconexión existente entre todos los puestos ofertados -los originarios y los que han de ser ampliados-, para evitar perjuicios a los funcionarios que obtuvieron destino a tenor de aquella orden, estos podrán participar en la nueva convocatoria, aun sin el límite expresado de los dos años.

Por todo ello ha de estimarse el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso impugnada, y consiguientemente procede la estimación parcial del recurso contencioso interpuesto frente a las resoluciones impugnadas acogiendo los pedimentos contenidos en los apartados 2 y 3 del suplico de la demanda, en la forma previamente establecida en los razonamientos precedentes.

**DÉCIMO.** En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, estimado parcialmente el recurso de apelación, no procede la imposición de las de esta segunda instancia a ninguna de las partes, así como tampoco de las de la primera a consecuencia de la revocación de dicha sentencia.

**Vistos** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Número Uno de Valladolid, de fecha 8 de julio de 2016 y revocando dicha sentencia, con estimación parcial de la demanda, se anula parcialmente la convocatoria, manteniendo el resultado del concurso ya realizado, debiendo efectuarse en ejecución de sentencia un nuevo concurso con todas las vacantes existentes en la Administración de la Comunidad Autónoma en el mismo ámbito objetivo para el que se procedió a la cobertura anulada, con la única excepción de aquéllos puestos de trabajo que fueron objeto de amortización o modificación que ha de estar justificada objetivamente mediante proyectos válidos de modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo, en dicho concurso podrán participar los funcionarios que lo hicieron en la convocatoria parcialmente anulada, y los puestos de trabajo respecto a los que las Relaciones de Puestos de Trabajo prevean que son abiertos a funcionarios de otras Administraciones Públicas deberán ofertarse en esta modalidad, todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer el recurso de casación previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, recurso que, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia, cumpliendo los requisitos previstos en cada caso en la Ley Jurisdiccional 29/1998.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL ILMO. SR. D. LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ A LA SENTENCIA N.º 223, DE FECHA 21 DE FEBRERO DE 2017, EN EL RECURSO DE APELACION N.º 561/2016.

Discrepo respetuosamente del criterio mayoritario de la Sala reflejado en la Sentencia indicada, particularmente de lo razonado en los Fundamentos de Derecho Cuarto y siguientes, por los siguientes motivos:

PRIMERO.- El punto de partida para la resolución de la controversia planteada en este recurso, centrada fundamentalmente en los puestos de trabajo que deben ofertarse en el concurso de méritos convocado por Resolución de 5 de diciembre de 2014 de la Viceconsejería de Función Pública y Modernización de la Junta de Castilla y León, ha de ser el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, que ahora dice: *“Los concursos para la provisión de puestos de trabajo podrán convocarse para la generalidad de los puestos vacantes, para puestos de trabajo de un determinado ámbito o área de actividad, o para puestos de trabajo referidos a vacantes de uno o más cuerpos o escalas, en atención a las necesidades del servicio”*.

Me parece conveniente incluir la redacción literal del precepto, que es la actualmente vigente y aquí aplicable, introducida por Ley 9/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, porque es distinta de la anterior

Esta versión derogada contenida antes en el artículo 50.3 decía: *“Excepcionalmente podrán convocarse concursos de provisión de puestos de trabajo en las áreas, sectores o Consejerías y Organismos que se determinen”*.

Como se ve la condición de “excepcional” de determinadas convocatorias de concursos ha desaparecido y, al mismo tiempo, se ha introducido un concepto jurídico indeterminado, cual es la existencia de necesidades de servicio, en virtud del cual la Administración tendrá que justificar las limitaciones objetivas del concurso.

El precepto, por otro lado, va en la línea del reconocimiento de la potestad de autoorganización de la Administración en materia de personal, discrecional y no arbitraria, que resulta tanto de la citada Ley 7/2005 como 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.

Cabe citar a este respecto, aunque no sea aplicable, el artículo 81.1 de la normativa estatal básica citada que dice: *“Cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la*

*movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos”.*

Por lo tanto, no se puede partir, como dogma, de un principio general que obligue a la Administración a sacar todos los puestos vacantes a concurso, sino más bien de la existencia de una potestad de autoorganización cuyo ejercicio exige motivar el ámbito objetivo del concurso que convoca, según resulta del artículo 50.1, que ya no contempla este tipo de concursos como una excepción, y del artículo 81.1, citado ahora como pauta interpretativa, aun cuando aquí no sea de aplicación.

No hay que olvidar que conforme a constante doctrina constitucional el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española es un derecho de configuración legal, y aun cuando opere durante toda la vida de la relación funcional aparece con mayor intensidad en el momento de acceso que en el momento de la provisión.

SEGUNDO.- En el presente caso, la Administración que convoca el concurso ha hecho uso de lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León y, por lo tanto, no ha sacado todas los puestos vacantes a concurso, y ha explicado las razones dicha decisión.

El Preámbulo de la convocatoria contiene esta explicación al igual que lo hace la desestimación del recurso de reposición interpuesto por la parte actora y ahora apelante.

Tales razones son los elementos que integran el concepto jurídico indeterminado, necesidades de servicio, y su justificación material, a juicio de la Administración, obra en el expediente administrativo y en concreto en las memorias de las distintas Consejerías y en los proyectos de modificación de las distintas Relaciones de Puestos de Trabajo.

Así, por un lado, no se sacan a concurso los puestos abiertos a funcionarios de otras Administraciones Públicas por la coyuntura económica del momento.

Y, por otro lado, se sacan a concurso todas las vacantes cubiertas bajo cualquier forma de interinidad, no sacándose a concurso las vacantes generadas en los dos últimos años, sin ocupar, que no son necesarias para el funcionamiento del servicio público en cuestión

Al mismo tiempo, los puestos de trabajo vacantes de más de dos años que tienen cierta dificultad para ser cubiertos, se sacan a concurso.

Tales razones se recogen en la Sentencia mayoritaria en su Fundamento de Derecho Séptimo.

Por lo tanto, la Administración ha motivado el concreto ejercicio de su potestad de autoorganización en el marco del artículo 50.1.

Otra cosa es que para cada puesto dejado de ofertar, las necesidades de servicio en las que se basa la decisión de la Administración sean ciertas o no, (esto es, estén acreditadas y motivadas) y si hay puestos que, pese a cumplir los criterios con arreglo a los cuales se ha convocado el concurso, no se han ofertado.

Esta es efectivamente una cuestión distinta porque en este caso el debate se centra no tanto en si la Administración ha de convocar todas las vacantes o no, ni en si los criterios establecidos por la Administración son correctos o no, si no, que es una cuestión fundamentalmente de prueba, esto es, si concurren (o están acreditadas) las necesidades de servicio en las que la Administración basa su decisión.

En este sentido, a mi juicio y a diferencia de lo que sostiene el criterio mayoritario de la Sala, la parte apelante no cuestiona los criterios que la propia Administración ha dado para excluir del concurso determinados puestos.

El motivo segundo del recurso de apelación (que es lo que nosotros tenemos que resolver) es claro a este respecto, cuando dice que a su juicio, la Sentencia infringe determinados preceptos que allí cita, por “no haber sido objeto de la oportuna oferta las plazas abiertas a otras administraciones públicas que cumplen con los requisitos establecidos en la convocatoria y que, por lo tanto, deberían haber sido ofertadas”.

Aún más claro aparece esa aceptación de los criterios analizados en la Sentencia mayoritaria, cuando en el motivo tercero del recurso de apelación denuncia como infringidos determinados artículos “pues no se han convocado todos los puestos de trabajo que cumplen los requisitos establecidos en la convocatoria para ser ofertados”.

El desarrollo de este motivo impugnatorio se refiere a las dificultades de la prueba y a la valoración de puestos vacantes en las distintas Consejerías que, pese a cumplir los criterios que la Administración ha establecido, no se han convocado.

También considero que el suplico de la demanda es significativo puesto que lo que quiere, entre otras pretensiones, es que todo el personal funcionario de otras Administraciones públicas pueda participar en el concurso (en referencias a los funcionarios de otras Administraciones) y que se incluyan en la convocatoria todos los puestos de trabajo reservados al personal funcionario de los Subgrupos A1, A2, C1 y C2 perteneciente a los Cuerpos Superior de Gestión, Administrativo y Auxiliar de la Administración General que se encuentren vacantes sin titular y que, en la actualidad, estén ocupados bajo cualquier modalidad de provisión temporal, así como aquellos que habiendo resultado vacantes en los dos últimos años no se haya justificado o motivado su exclusión por no ser su cobertura

definitiva, estrictamente necesaria, para que no se produzca merma alguna de la calidad en la prestación de los servicios públicos, siendo los citados puestos de trabajo los que se indican de forma provisional, y a resultas de la prueba que se practique, en el documento 5 que se acompaña con la demanda.

A mi juicio lo que sostiene la parte ahora apelante es precisamente que hay puestos vacantes que la Administración no ha ofertado y no ha justificado, acreditado o motivado que no se produzca merma en la calidad de la prestación del servicio.

Por lo tanto, la representación procesal de la Administración apelada tiene razón cuando insiste en su oposición a la apelación en que los criterios no han sido impugnados y, por lo tanto, debe ser la parte apelante quien justifique que hay puestos que, cumpliendo tales criterios, no se han ofertado.

Más adelante se profundizará en este argumento y motivo de discrepancia en relación al Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia mayoritaria.

TERCERO.- Muestro igualmente mi desacuerdo con los razonamientos contenidos en el Fundamento de Derecho Cuarto que concluyen en que no está justificada la exclusión a funcionarios de otras Administraciones Públicas por las siguientes razones.

En primer lugar, es cierto que la determinación de qué puestos están abiertos a funcionarios de otras Administraciones Públicas se encuentra establecido en las Relaciones de Puestos de Trabajo, pero precisamente por eso es por lo que se hace necesario justificar que esos puestos no se sacan a concurso, que es lo que se ha hecho, con independencia de que la razón (coyuntura económica) se considere bastante o no.

Dicho de otra manera, las previsiones de las Relaciones de Puestos de Trabajo obligan efectivamente a que el concurso que se convoque sea coherente con tales previsiones, pero éstas por sí mismas y aisladamente consideradas, no obligan sin más a sacar ese puesto a concurso, porque ha de tenerse en cuenta lo más arriba razonado con base en el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

En segundo lugar, el concurso en el que pueden participar funcionarios de otras Administraciones Públicas comporta -a la sazón- un aumento de efectivos (los que vienen se suman a los que ya están), como se señala en el Preámbulo de la convocatoria y en la desestimación de la reposición, tal y como también cabe deducir, a mi juicio, del artículo 84.3 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.

El Sr. Letrado de la Administración demandada fue expresivo en este sentido en el acto de la vista ante el Juzgado de instancia al diferenciar plazas presupuestadas y gasto efectivo.

A mi juicio, la razón dada por la Administración para excluir del concurso los puestos abiertos a funcionarios de otras Administraciones es coherente con las distintas medidas tomadas para la contención del déficit público, que se recuerdan en la oposición a la apelación, máxime si se tiene en cuenta la congelación de la oferta pública de empleo, y máxime también si se tiene en cuenta que el derecho del funcionario a la movilidad interadministrativa está ya, de entrada, más debilitado, tal y como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012 (recurso de casación 4141/2010), que recoge la Sentencia recurrida en apelación, y la del mismo Alto Tribunal de 12 de mayo de 1994, que recoge la Sentencia mayoritaria.

CUARTO.- A mi juicio, el debate en este recurso de apelación, como más arriba indicaba, no se centra en si la Administración tiene la obligación de sacar todas los puestos de trabajo vacantes a concurso o no, ya que el artículo 50.1 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León permite por necesidades de servicio que así no se haga, y la parte apelante no impugna los criterios empleados por la Administración en el marco de ese artículo, por lo que hay que entender que los consiente.

En este sentido y abundando en el motivo de discrepancia, creo conveniente indicar que en el recurso de apelación no hay argumento alguno que ataque tales criterios, tampoco en la demanda (ya me he referido al suplico) y de hecho la Sentencia recurrida no se refiere a ello, sin que por la apelante se haya denunciado incongruencia omisiva de ésta por no dar respuesta a este motivo impugnatorio.

Tales criterios, por lo demás, obedecen a dos consideraciones generales, que son, por un lado, todas las vacantes ocupadas bajo cualquier forma de interinidad salen a concurso (hay que entender que si están ocupadas interinamente es porque había necesidad de cubrirlas), y, por otro lado, no salen a concurso aquellas vacantes de menos de 2 años no ocupadas y cuya necesidad de cobertura no se ha apreciado.

Obviamente de existir ésta, se habrían cubierto de manera temporal y, por lo tanto, tendrían que ofrecerse en el concurso, ya que estaríamos en el caso del criterio anterior.

Es decir, se excluyen puestos que, aun existiendo, en realidad están sin titular efectivo, que pueden estar afectados por procesos de amortización o modificación de Relaciones de Puestos de Trabajo, creación de un nuevo modelo organizativo (la parte apelada se remite a la prueba documental y particularmente a la comunicación en su

momento enviada al sindicato recurrente y reproducida en el acto de la vista) o simplemente son innecesarios.

Los dos criterios generales, ya vistos, se complementan con otro y es que van a salir vacantes de más de dos años, también sin ocupar, que se consideran de difícil cobertura.

En el acto de la vista, el Sr Letrado de la Administración se refirió a la prueba documental obrante en el expediente administrativo que incluye las memorias de las distintas Consejerías y los proyectos de modificación de Relaciones de Puestos de Trabajo así como el cierre de determinadas dependencias y su no uso para demostrar (desde su punto de vista) que no ofertar tales puestos no repercute negativamente en la calidad de la prestación del servicio.

Estos criterios son los que pretenden satisfacer el concepto jurídico indeterminado “necesidades de servicio” a que se refiere el artículo 50 de la Ley.

Este debate es distinto del relativo a la obligación que tiene la Administración de amortizar puestos innecesarios o reordenar al personal a través de los distintos instrumentos que prevé la ley, ya que hay situaciones coyunturales que pueden orientar los concursos en un sentido u otro (recuérdese el artículo 81.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) y situaciones estructurales que obligan necesariamente a una reorganización.

En todo caso, de la falta de amortización de puestos o de la falta de modificaciones de Relaciones de Puestos de Trabajo no resulta sin más la obligación de sacar todas las vacantes en todos los concursos que se puedan convocar, sin perjuicio de valorar, claro está, dicha circunstancia junto con otras como un elemento más de prueba.

Por ello, en mi opinión, lo que se debate en realidad, y con ello muestro mi disconformidad con el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia mayoritaria, es la aplicación de tales criterios al caso concreto y de ahí la abundante actividad probatoria desplegada y la alegación hecha en la apelación relativa a los impedimentos puestos por la Administración para obtener las pruebas precisas.

De haberse cuestionado tales criterios (lo que supone ofrecer otros alternativos o, simplemente, alegar que no procede limitación alguna en cuanto a los puestos a ofertar) la actividad probatoria referida a la existencia de puestos vacantes a los que no se han aplicado tales criterios (que ha sido la practicada) resultaría innecesaria.

De este modo, a mi juicio, la cuestión queda circunscrita a una cuestión de prueba, siendo carga de la parte actora -ahora apelante- probar que hay determinados puestos que cumpliendo los requisitos para que sean ofertados, no se ha hecho, teniendo en cuenta, obviamente el principio de facilidad probatoria y de la buena fe.

En este sentido entiendo que es posible probar un hecho positivo como es que el servicio se ha resentido al haber vacantes no cubiertas que es necesario cubrir, ya sea, por ejemplo, por un aumento de la actividad administrativa, quejas de usuarios por no ser atendidos adecuadamente o por no prestarse el servicio correctamente, etc.....

Corresponde al órgano de instancia la valoración de las pruebas practicadas, sin perjuicio de su revisión en esta segunda instancia, y la consecuencia de ello, caso de que la pretensión actora fuese estimada en todo o en parte, sería la de obligar a la Administración a incluir en el concurso no todas las vacantes, sino aquellas de las que se demostrase que, cumpliendo los requisitos fijados por la Administración, no han sido objeto de convocatoria.

En Valladolid, a 21 de febrero de 2017.